

COMPETENCIA Y COMPRAS PÚBLICAS

PROMOVIENDO PROCESOS COMPETITIVOS PARA
UNA MAYOR EFICIENCIA EN EL GASTO PÚBLICO

[Noviembre 2011]



SUPERINTENDENCIA
DE COMPETENCIA

COMPETENCIA Y COMPRAS PÚBLICAS

PROMOVIENDO PROCESOS COMPETITIVOS PARA UNA MAYOR EFICIENCIA EN EL GASTO PÚBLICO

La interrelación de las compras públicas con la competencia de acuerdo a la legislación de El Salvador. Documento realizado en colaboración con la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, del Ministerio de Hacienda.

[Noviembre 2011]



SUPERINTENDENCIA
DE COMPETENCIA



© 2011 Superintendencia de Competencia de El Salvador
Todos los derechos reservados.
Prohibida la reproducción parcial o total de
esta obra, sin autorización escrita de la
Superintendencia de Competencia

Depósito de ley en el Registro de l Propiedad Intelectual
del CNR:

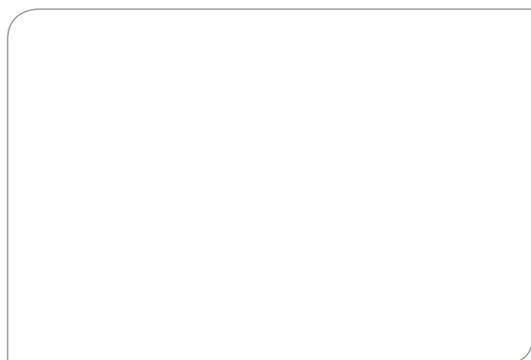


TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 10

LAS COMPRAS PÚBLICAS EN EL SALVADOR 12

- 1.1 Importancia de las compras gubernamentales en la actividad económica nacional 13
- 1.2 Formas de contratación 16
 - 1.2.1 Licitación Pública o Concurso Público 16
 - 1.2.2 Libre Gestión 17
 - 1.2.3 Contratación Directa 18
- 1.3 Sanciones por la realización de prácticas anticompetitivas en los procesos de licitación 19
 - 1.3.1 Inhabilitación derivada de una oferta colusoria 20

PREVINIENDO OFERTAS COLUSORIAS EN LA COMPRAS PÚBLICAS 22

- 2.1 Condiciones de mercado que favorecen la colusión 22
- 2.2 Técnicas utilizadas 23
- 2.3 Formas de ofertas colusorias 24
- 2.4 Legislación de competencia 27
- 2.5 ¿Qué se puede hacer para prevenir las licitaciones colusorias? 29
 - 2.5.1 Recomendaciones generales para el diseño 29

2.5.2 Actualice periódicamente su conocimiento del mercado	31
--	----



DETECTANDO OFERTAS COLUSORIAS 32

3.1 Indicadores de situación anormal respecto de las ofertas económica nacional	33
3.2 El hecho que se presenten precios idénticos o muy similares entre los ofertantes puede indicar un acuerdo de precios	34
3.3 Otros comportamientos que podrían ser sospechosos	34
3.4 ¿Cómo denunciarlas?	36



PRONUNCIAMIENTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA CON RESPECTO A LAS ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 36

4.1 Utilización del Procedimiento	36
4.2 Derecho de Exclusividad y prórroga.....	38
4.3 Sociedades Vinculadas	39
4.4 Asocios	40
4.5 Bases de Licitación.....	42
4.5.1 Requisitos Mínimos.....	43
4.5.2 Plazos para el retiro de Bases de Licitación.....	43

4.6 Evaluación de Ofertas	44
4.6.1 Evaluación de Oferta Técnica	45
4.6.2 Evaluación de Oferta Económica	45
4.7 Licitaciones parciales	46
4.8 Requisitos Económicos Innecesarios	47
4.8.1 Excesivas garantías	47
4.9 Barreras Comerciales	48
4.9.1 Importaciones Paralelas	48
4.10 Sobre la difusión de información	49
4.11 Procedimientos Análogos	50

CONCLUSIONES 52

BIBLIOGRAFÍA 56

INTRODUCCIÓN

La inversión pública constituye un elemento destacado en una economía social de mercado. Es un hecho establecido por la teoría económica que el mercado no provee eficientemente determinados bienes, los denominados bienes públicos y preferentes, que resultan esenciales para el funcionamiento del sistema económico. Para su adecuada provisión se requiere la intervención de la Administración, la creación de mercados públicos y su instrumentación mediante un conjunto de normas y procedimientos, la denominada contratación pública.

La competencia está presente como uno de los principios por los que debe regirse la realización de procedimientos de contratación pública. Se puede decir que es el principio rector de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública –LACAP–.

La existencia de competencia entre los distintos agentes económicos ofertantes dentro de estos procedimientos de contratación pública, es la única forma de poder garantizar una multiplicidad de opciones que a su vez le permita a la Administración Pública escoger la oferta más adecuada a sus necesidades.

La Superintendencia de Competencia, como institución encargada de velar por la existencia de competencia en los mercados, se ha pronunciado en diversos temas, dirigidos a fomentar la competencia en los procesos de contratación pública. La finalidad del presente documento es proveer mayor información sobre la naturaleza de las ofertas colusorias, explicar las diferentes formas técnicas que adoptan y señalar los efectos nocivos de éstas en la economía y asimismo, analizar los diferentes pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia sobre el tema, resaltando la necesidad que sean aplicados, y así evitar posibles restricciones injustificadas a la competencia.

Existen algunos criterios en los cuales las normas de contratación pública otorgan cierto grado de discrecionalidad a los entes gubernamentales (contratantes), durante el proceso de preparación de las bases de cualquier licitación o concurso. Es en esta etapa, en la que los pronunciamientos hechos por la Superintendencia de Competencia pueden contribuir a conciliar las políticas de contratación con los principios de competencia.

La existencia de competencia efectiva en un proceso de contratación pública, asegura la recepción de multiplicidad de ofertas y la posibilidad de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, tomando en consideración la calidad, que asegure una eficiente utilización de los fondos públicos. Es por ello, que el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación pública deben ir encaminados a la aplicación de principios en favor de la competencia.

¹Junta de Andalucía, España (2010), Recomendaciones para Facilitar el Acceso y Promover la Competencia en el Ámbito de la Contratación Pública de Andalucía.



LAS COMPRAS PÚBLICAS EN EL SALVADOR

1. LAS COMPRAS PÚBLICAS EN EL SALVADOR

Las llamadas compras públicas² según la legislación salvadoreña, son todas las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, que deben celebrar las instituciones de la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines.

Las compras que realiza el Gobierno tienen un efecto positivo en la economía, generando oportunidades para que empresas y productores ofrezcan sus productos y servicios a precios competitivos que luego se transforman también en beneficios para los demás agentes económicos involucrados en el proceso.

Debido a que los fondos gubernamentales provienen en esencia de los contribuyentes, es de suma importancia que los procesos de compra se realicen de la forma más efectiva y transparente, y que existan las condiciones que garanticen un juego limpio entre las partes participantes.

Por lo tanto, promover la competencia en las compras públicas cuando sea posible, fomenta la participación de un mayor número de proveedores, asegurando con ello la recepción de diferentes opciones para la entidad estatal, quien puede elegir aquel bien o servicio que satisfaga mejor sus necesidades en términos de precios y calidad esperada. Esto da como resultado un mejor uso de los recursos de los Estado, y en consecuencia, del dinero de los contribuyentes.

²Existe una pluralidad de términos para hacer referencia a este tipo de erogaciones del Estado, como Compras Públicas, Compras Gubernamentales, Contrataciones Públicas, Compras del Estado, Adquisiciones Públicas, etc.

1.1 IMPORTANCIA DE LAS COMPRAS GUBERNAMENTALES EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA NACIONAL³

Según los datos históricos relativos a las adjudicaciones del Gobierno de El Salvador, se observa que en los últimos 5 años, la tendencia de las mismas ha sido al alza, como lo muestran la tabla 1 y gráfico 1. De la información obtenida, existe una particularidad reflejada en el año 2008, al presentar un valor en adjudicaciones de \$797, 558,082.70 siendo el más alto en el período analizado.

TABLA 1

Año	Monto total de Adjudicaciones	PIB corriente ⁴	Monto total de las Adjudicaciones como % del PIB
2005	\$ 117,852,862.26	\$17,214,400,000.0	0.6846%
2006	\$ 419,393,207.50	\$18,749,500,000.0	2.2368%
2007	\$ 534,704,444.77	\$20,376,800,000.0	2.6241%
2008	\$797,558,082.70	\$22,106,900,000.0	3.6077%
2009	\$416,277,362.03	\$21,100,400,000.0	1.9728%
2010	\$562,517,939.79	\$22,937,400,000.0	2.4524%

Fuente: Elaboración propia en base a datos de COMPRASAL y BCR

³Los datos utilizados para este apartado pudieran no ser los totales nacionales ya que incluyen únicamente aquellos publicados en el sitio web COMPRASAL de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones –UNAC– del Ministerio de Hacienda. Asimismo, la interpretación de los mismos es propia de la Superintendencia de Competencia.

⁴El PIB para el año 2010 se tomó de una estimación del Presupuesto de la Nación de dicho año.

GRÁFICO 1

GRÁFICO DE PIB DE EL SALVADOR Y LOS PORCENTAJES QUE OCUPAN LAS ADJUDICACIONES

Fuente: Elaboración propia en base a datos de COMPRASAL y BCR



De acuerdo a la teoría económica conocida como “Ciclo Económico Político”, existe la posibilidad que, en un año previo a las elecciones del Presidente de la República y Concejos Municipales, el gasto público incremente en gran medida para obtener la aceptación de los votantes, generando un clima de mayor estabilidad temporal en la creación de empleos, impulsando la economía más de lo normal y reflejándose también en el PIB de ese año, lo que podría ser una de las razones por las que se observó la variación en 2008 antes mencionada.

Posteriormente, el gobierno llevó a cabo un plan de austeridad reflejado en su Plan quinquenal: Por las razones anteriores, y dada la crisis fiscal que heredó el gobierno nacional, dentro del Plan Global Anti Crisis se han ejecutado acciones para fortalecer las finanzas del Estado, entre las que sobresalen: el plan de austeridad del gasto público no prioritario, la reorientación de recursos hacia el área social y la de seguridad, la revisión de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública desde un enfoque de género que permita dinamizar la economía nacional y local, la racionalización de los subsidios y la formulación de medidas tendientes a incrementar los ingresos tributarios mediante el combate a la evasión y elusión fiscales y al contrabando que fueron aprobadas por la Asamblea Legislativa en el mes de diciembre de 2009⁵.

La Política de Gastos del ejercicio fiscal 2009, se mantiene enfocada a continuar con un clima de transparencia y disciplina fiscal en la gestión financiera, para cuyo fin se continuarán haciendo esfuerzos por aplicar las diferentes medidas tendientes a la optimización y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Los principales objetivos que se buscan alcanzar dentro del ámbito del Sector Público No Financiero, es reducir el déficit fiscal y mantener un saldo de la deuda pública con relación al PIB en términos aceptables a nivel internacional y acorde a la capacidad de pago del país, entre otras variables ... en ese sentido se espera aplicar medidas de política orientadas al fortalecimiento de la recaudación tributaria, impulsando acciones a fin de combatir la corrupción, reducir la evasión, elusión y el contrabando ... Del mismo modo se impulsará una política de austeridad del gasto, donde prevalecerán criterios de eficiencia para el uso óptimo de los recursos, se hará uso racional en el financiamiento de los subsidios, contribuyendo al logro de los propósitos que se establecen como prioridades del Proyecto de Presupuesto 2010⁷.

Este cambio en la dirección de las finanzas públicas a partir de 2009 es lo que propició que el monto total de las compras que realiza el Gobierno, presentara una diferencia de \$ 381,280,720.67 respecto al año 2008, siendo el monto del año 2009 solamente una proporción de 1.9728% del PIB.

Cabe mencionar que este período post elecciones también está influenciado por la novedad o incertidumbre de los inversionistas ante un nuevo gobierno, y la falta de estabilidad macroeconómica es un factor determinante que mina cualquier decisión de acción en torno a las políticas efectuadas en ese período.

En 2010, el monto de las compras del Gobierno de El Salvador fue de \$ 562, 517, 939.79, lo que representa un 2.4524% del PIB. Dicho monto es pequeño en comparación con otros flujos en la economía salvadoreña como son las remesas, que en los últimos 5 años han promediado un 17% del PIB. Esto ilustra la diferencia con las adjudicaciones en otros países como en España, donde las compras públicas representaron un 14.9% del PIB español en 2008⁸.

En cuanto al monto total de las compras de libre gestión registradas en www.comprasal.gov.sv el año 2010, fue de \$20, 449, 660.74, lo que representó 0.0892% del PIB nominal. Estas incluyeron las ejecutadas por el gobierno central, empresas públicas, municipalidades, hospitales y las entidades autónomas. El monto registrado antedicho, fue relativamente pequeño.

⁵Plan Quinquenal de Desarrollo 2010-2014, emitido por la Secretaría Técnica de la Presidencia, año 2010.

⁶Presupuesto de la Nación 2009, emitido de acuerdo al artículo 167 de la Constitución de la República, aprobado en el año 2009.

⁷Presupuesto de la Nación 2010, emitido de acuerdo al artículo 167 de la Constitución de la República, aprobado en el año 2010.

⁸Guía sobre contratación pública y competencia, comisión Nacional de Competencia España (CNC).

1.2 FORMAS DE CONTRATACIÓN

La normativa aplicable para la realización de las compras públicas en El Salvador, se encuentra vigente a partir del año 2000, en la LACAP. Dicha Ley ha sido sujeto de diversas reformas, siendo las más recientes las aprobadas en mayo de 2011⁹.

Los entes gubernamentales, para realizar una adquisición o una contratación, sea de una obra, bien o servicio, deben de cumplir con todas las formas, requisitos y procedimientos establecidos en la LACAP, respetando los principios y valores establecidos en el artículo 1 de a misma, entre los que se encuentran la no discriminación, libre competencia, igualdad, transparencia, etc.

De acuerdo a lo establecido en la LACAP, existen diversas formas de contratación, cuya aplicación depende del monto de la obra, bien o servicio a contratar, o de las necesidades particulares que motivan a la administración pública a su adquisición.

Las formas de contratación establecidas por la LACAP en su artículo 39, son:

- Licitación o concurso público;
- Libre Gestión; y
- Contratación Directa.

Previo a la reforma de mayo de 2011, existían otra forma más de contratación: la licitación o concurso por invitación en la que se elaboraba previamente una lista corta de oferentes (4 como mínimo) a los que se invitaba públicamente a ofertar.

1.2.1 LICITACIÓN PÚBLICA O CONCURSO PÚBLICO

De acuerdo a lo establecido en los artículos 59 y 60 de la LACAP, la Licitación Pública es el procedimiento por cuyo medio se promueve competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes y servicios que no fueren los de consultoría; y Concurso Público es el procedimiento en el que se promueve competencia,

invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en la prestación de servicios de consultoría.

En ambos casos, se invita públicamente a cualquier interesado para que, sujetándose a los requisitos previamente establecidos, presenten sus ofertas. El fin, es que la administración pública pueda escoger, en base a las evaluaciones pertinentes, la oferta que mejor conviene a los intereses nacionales.

La licitación o concurso público es realizado para las municipalidades cuando el monto del potencial contrato es superior a 160 salarios mínimos mensuales para el sector comercio (más de \$35,856.00)¹⁰; y para el resto de instituciones de la administración pública por un monto superior al equivalente a 240 salarios mínimos mensuales para el sector comercio (más de \$53,784.00)¹¹.

El proceso de Licitación Pública (obras, bienes y servicios) o Concurso Público (servicios de consultoría), es la forma de contratación en la que se limita el poder discrecional de los funcionarios públicos al mismo tiempo que se potencia de mejor manera la competencia, por ser el más respetuoso con los principios de igualdad y no discriminación de los ofertantes. En este procedimiento cualquier persona ya sea natural o jurídica puede acercarse y proponer su respectiva oferta, para que esta pueda ser evaluada por la institución¹².

1.2.2 LIBRE GESTIÓN

Según lo establecido en el artículo 68 de la LACAP, la libre gestión es el procedimiento simplificado por el que las instituciones seleccionan al contratista que les proveerá obras, bienes, servicios o consultorías.

Para que sea ésta la forma de contratación a utilizar, el monto de la misma debe ser en el caso de las municipalidades, igual o menor a 160 salarios mínimos mensuales para el sector comercio (\$35,856.00); y para el resto de la administración pública igual o menor a 240 salarios

⁹ Reformas realizadas mediante el Decreto Legislativo N.º 725 de fecha 18 de mayo de 2011, publicadas en el Diario Oficial N.º 102, Tomo N.º 391 de fecha 2 de junio de 2011

¹⁰ Cálculo basado en el salario mínimo vigente, de acuerdo al Decreto Ejecutivo No. 56, del 6 de mayo de 2011, publicado en el D.O. N.º 85, Tomo N.º 391, del 6 de mayo de 2011, donde se estableció como salario mínimo para el sector comercio en \$224.10 mensual.

¹¹ Ídem

¹² Artículos 59 y 60 de la Ley de Adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública

mínimos mensuales para el sector comercio (\$53,784.00).

En esta forma de contratación, la LACAP manda a dejar constancia de haberse generado competencia, lo cual se hará solicitando al menos 3 cotizaciones de la obra, bien o servicio a adquirir. Este requisito no será necesario cuando el monto de la misma no exceda de 20 salarios mínimos mensuales para el sector comercio (\$4,482.00). Todo lo anterior aplica tanto para las municipalidades como para el resto de la administración pública.

Tampoco es necesario el requisito de las 3 cotizaciones, en el caso que se trate de un único oferente o cuando el bien o servicio requerido sea de marcas específicas, siempre y cuando se emita una resolución justificada y debidamente razonada, que haga constar dicha particularidad.

Cuando el valor del bien o servicio adquirir sea igual o inferior al 10%¹³ del monto establecido para esta forma de contratación, es decir los 160 salarios mínimos mensuales para el sector comercio para municipalidades y 240 para el resto de la administración, y dicho bien o servicio se requiera de manera eventual y con carácter inmediato, pueden ser adquiridos directamente y a contra pago en establecimientos comerciales. Esta modalidad de libre gestión puede ser utilizada

únicamente de manera trimestral.

1.2.3 CONTRATACIÓN DIRECTA

Es la forma por la que una institución contrata directamente con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique¹⁴, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. La decisión de contratar en forma directa debe constar en resolución razonada del titular u órgano de mayor jerarquía de la institución y debe ser publicada en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, haciendo mención de la causal que la sustenta.

Son 11 las causales previamente establecidas por la LACAP en la que procede la contratación directa¹⁵, entre las cuales está haberse declarado desierta por segunda vez la Licitación o Concurso; haberse declarado un Estado de Emergencia, Calamidad, Desastre, Guerra o Grave Perturbación del orden; en caso de ser servicios profesionales especializados que requieran confianza y confidencialidad; los medicamentos para el abastecimiento del sistema de salud pública; por acuerdo de calificativo de urgencia, etc.

En estos casos no existe límite en los montos por lo extraordinario de las causas que motivan su utilización¹⁷.

1.3 SANCIONES POR LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN

La LACAP y su actual Reglamento contemplan diferentes sanciones a ser aplicadas a los oferentes o adjudicatarios. Entre ellas se citan: las multas por mora (**artículo 85** LACAP), las penalizaciones por incumplimiento de aspectos técnicos (**artículo 20** literal j del RELACAP), las inhabilitaciones contenidas en el artículo 158 LACAP y la ejecución de las garantías por incumplimientos (**artículos 36** LACAP y **35** RELACAP).

En el ámbito de la contratación del Estado, las prácticas restrictivas de la competencia suponen la actuación de los ofertantes mediante acuerdos entre estos, con el fin de restringir, impedir o falsear la competencia que debe regir los procesos de selección.

Estas prácticas se dan cuando un grupo de ofertantes concierta entre sí las condiciones en las que se presentarán al proceso de selección que deberá pagar la Administración, con el fin de fijar los precios, cantidades o repartirse mercado. Así sucede, por ejemplo, cuando los ofertantes acuerdan el monto de la oferta económica a presentar. Ello evidentemente perjudica los intereses de la Administración, pues deberá pagar un precio mayor al del mercado.

La Ley de Competencia, en adelante LC, contempla este tipo de prácticas dentro de los acuerdos entre competidores, como un tipo especial del mismo:

TÍTULO III DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS CAPÍTULO I DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES

Art. 25.- Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades:
(...)

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;(…)

¹³ \$3,585.60 para municipalidades y \$5,378.40 para el gobierno central, autónomas, hospitales y empresas públicas de acuerdo al salario mínimo vigente ya citado anteriormente.

¹⁴ Salvo los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación. Artículo 71 reformado de la LACAP.

¹⁵ Artículo 72 de la LACAP

¹⁶ Artículo 73 reformado de la LACAP, establece lo relativo a la declaración de urgencia.

¹⁷ Artículo 40 literal c reformado, LACAP

Esta práctica, una vez comprobada por la Superintendencia de Competencia, puede ser sancionada de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 de la LC, pudiendo aplicársele la agravante ahí establecida al momento de calcular la multa de los agentes económicos¹⁸.

Con las reformas aprobadas en mayo de 2011 a la LACAP, en el nuevo texto del **artículo 26**, se incluyó el inciso 5° que refuerza lo ya establecido por la Ley de Competencia respecto a los acuerdos entre competidores en materia de compras públicas. Este nuevo inciso del **artículo 26** LACAP dice: *Los ofertantes, adjudicatarios o contratistas tienen prohibido celebrar acuerdos entre ellos o con terceros, con el objeto de establecer prácticas que restrinjan de cualquier forma el libre comercio. El funcionario o cualquier persona que tenga conocimiento de dichas prácticas, deberán notificarlo a la Superintendencia de Competencia para los efectos correspondientes (...).*

1.3.1 INHABILITACIÓN DERIVADA DE UNA OFERTA COLUSORIA

De las sanciones contempladas en la LACAP, para este tipo de conductas aplica la inhabilitación, específicamente la contemplada en el literal **b)** del romano I del **artículo 158**

que es la inhabilitación por UN AÑO para participar en procedimientos de contratación administrativa por **b)** Haber sido sancionado de conformidad al **Art. 25** letra **c)** de la Ley de Competencia.

La inhabilitación, como sanción, consiste en la prohibición que se le impone a un particular, persona física o jurídica, para participar en procesos de contratación administrativa promovidos por el sector público. La inhabilitación puede durar de 1 a 5 años, según sea la causal que lo motive, de acuerdo a lo establecido en el **artículo 158** de la LACAP, ya que con las reformas, estás causales conllevan ya el período de inhabilitación que les corresponde. La resolución de la Administración mediante la cual se inhabilita a un determinado agente económico debe estar debidamente motivada¹⁹.

Dentro de las causales señaladas se encuentran el realizar una práctica anticompetitiva (acuerdo de precios entre ofertantes en cualquier tipo de proceso de licitación)²⁰ que haya sido sancionada por la SC. Supone entonces que debe existir de forma previa un pronunciamiento por parte de la SC en la que se haya determinado que el agente económico en cuestión, participó en un acuerdo de precios dentro de un proceso de contratación. Esto implica que mientras no se haya impuesto la sanción por la realización de la práctica anticompetitiva,

no hay obstáculo para la Administración en seguir contratando con el agente económico ni para que éste oferte. Una vez la SC resuelve que ese ofertante realizó la mencionada práctica anticompetitiva, debe dar informe a la institución en la que se cometió la práctica para que ésta emita la resolución de inhabilitación y a su vez informe a la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en adelante UNAC.

Así mismo, esta inhabilitación de un año produce la imposibilidad de ofertar a la que están sometidos los impedidos numerados en el **artículo 26** LACAP, específicamente literal **d)** las personas naturales o jurídicas que en relación con procesos de adquisición o contratación, hayan sido sancionadas administrativa o judicialmente, o inhabilitados por cualquier institución de la administración pública, por el plazo que dure la inhabilitación.

La competencia propicia que los postores mejoren sus ofertas a fin de obtener la preferencia de la Administración. Por el contrario, las prácticas restrictivas de la libre competencia entorpecen la correcta formación del precio, en perjuicio del interés de la Administración²¹, de ahí que sean sancionadas por la LACAP, en su **artículo 158** romano I, literal **"b"**, con inhabilitación por un año para participar en posteriores procedimientos de contratación.

La sanción de inhabilitación para participar en procedimientos de Contratación Administrativa, surte efectos frente a todas las Instituciones de la Administración Pública, precisamente por la gravedad que reviste la práctica, al ser considerada de las más graves que puede cometer un ofertante o contratista en los procesos de adquisiciones y contrataciones con la Administración Pública, faltas que riñen con la moral y la ética, que implican engaño, mala fe, fraude, etc.²²

¹⁸ Art. 38.- Las infracciones a la presente Ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo anterior y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.No obstante lo anterior, cuando la práctica incurrida revista particular gravedad, la Superintendencia podrá imponer, en lugar de la multa prevista en el inciso anterior, una multa hasta por el seis por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor o hasta por el seis por ciento del valor de sus activos durante el ejercicio fiscal anterior o una multa equivalente a un mínimo de dos veces y hasta un máximo de diez veces la ganancia estimada derivada de las prácticas anticompetitivas, cualquiera que resulte más alta.(...), Ley de Competencia.

¹⁹ Artículo 158 inciso final de la LACAP.

²⁰ Artículo 25 literal "c" de la Ley de Competencia.

²¹ Consejo Superior de Contratación y Adquisiciones del Estado, Perú (2005), Manual de Contratación Pública de Ejecución de Obras.

²² UNAC, Ministerio de Hacienda (2010), "Preguntas y respuestas frecuentes, LACAP".



PREVINIENDO OFERTAS COLUSORIAS EN LA COMPRAS PÚBLICAS

2.1 CONDICIONES DE MERCADO QUE FAVORECEN LA COLUSIÓN

Los acuerdos colusorios pueden ocurrir en cualquier mercado o industria; sin embargo, existe una serie de características o condiciones que a veces están presentes en los mercados que favorecen su formación. Entre estas condiciones pueden mencionarse, sin el afán de ser exhaustivos, las siguientes:

- Estructura de mercado concentrada, en la cual solamente hay un número reducido de agentes económicos;
- Alta transparencia en el mercado, que facilita el conocimiento sobre qué están haciendo los competidores;
- Altas barreras a la entrada, que hacen difícil para pequeños y nuevos agentes económicos entrar a participar en las licitaciones;
- Limitada competencia residual, donde existen pocos ofertantes alternativos, productos idénticos o simples;
- Condiciones estables de oferta y demanda, las cuales representan oportunidades para una repetida interacción entre los participantes en las licitaciones;
- Agentes económicos con similares características; y
- Existencia de una asociación comercial activa.

²³ NOTA: Todos los ejemplos en este capítulo son de carácter ilustrativo.

2.2 TÉCNICAS UTILIZADAS

A continuación, se describen las principales técnicas empleadas por los agentes económicos para presentar ofertas colusorias en licitaciones. Éstas presentan las formas más comunes; sin embargo, puede existir una amplia gama de las mismas²⁴.

• Supresión de Propuestas

En esta modalidad, los agentes establecen un acuerdo para presentar menos ofertas con la finalidad que el ganador designado por el acuerdo sea adjudicado con la licitación.

• Propuestas complementarias o ficticias

También denominadas ofertas sombra o de cortesía, son posturas que no tienen ninguna posibilidad de resultar vencedoras, pero que dan la apariencia de ser legítimas y sirven para fingir que se está generando un proceso competitivo.

• Rotación del ganador

En esta forma de oferta colusoria, todos los miembros del acuerdo presentan una propuesta a cada licitación; sin embargo, estos miembros han pactado un patrón establecido mediante el cual los participantes van tomando turnos para ganar.

²⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), (2008), "Fighting Cartels in Public Procurement". OECD Policy Brief.

- **Subcontratación**

Ésta es una práctica bastante común en las ofertas colusorias, que consiste en compensar a los competidores miembros del acuerdo que no fueron adjudicados a través la subcontratación parcial para la provisión del bien o servicio licitado.

2.3 FORMAS DE OFERTAS COLUSORIAS

En el idioma inglés, a las licitaciones colusorias se les denomina “bid rigging”. En sentido literal, “bid” significa “postura u oferta”, y “to rig” es “manipular fraudulentamente”. Así, se puede entender que en este tipo de prácticas colusorias, los competidores manipulan fraudulentamente las ofertas que presentan al sector público.

El acuerdo que permite la manipulación fraudulenta de las ofertas puede recaer sobre uno o más de los siguientes aspectos :

- **Fijación de precios:**

En esta modalidad los miembros del acuerdo han determinado previamente a cuál de los ofertantes se le asignará la licitación y a qué precio; el resto de los miembros presenta ofertas destinadas a ser eliminadas del proceso.

Ejemplo de oferta colusoria con fijación de precios.

En 2007, “Agua Saludable, S.A. de C.V.”, “Pura Agua, S.A. de C.V.”, y “Agua Manantial, S.A. de C.V.”, participaron en una licitación para la provisión de agua purificada para instituciones del Gobierno Central. Para ello, los agentes económicos antes mencionados realizaron una reunión en la que acordaron los términos en los cuales las ofertas serían elaboradas, llegando al pacto que “Agua Saludable, S.A. de C.V.”, ofertaría a un monto total de \$52,000.00, por la provisión de agua anual, mientras que “Pura Agua, S.A. de C.V.”, ofertaría a un monto total de \$75,000.00, por el mismo servicio, y “Agua Manantial, S.A. de C.V.”, ofertaría a \$75,000.50, entre otras condiciones de la oferta.

El día de la presentación y apertura de las ofertas, “Pura Agua, S.A. de C.V.”, y “Agua Manantial, S.A. de C.V.”, como parte del acuerdo establecido, no presentaron la garantía de mantenimiento de oferta, quedando excluidas de pleno derecho del procedimiento de licitación. Por lo anterior la institución gubernamental no tuvo más opción que evaluar únicamente la propuesta de “Agua Saludable, S.A. de C.V.”, resultando la adjudicataria, al cumplir todos los requerimientos establecidos en las bases de licitación.

- **Reparto de mercado:**

Se materializa como la distribución de clientes o de mercados geográficos entre los miembros del acuerdo. Para hacerlo efectivo, los participantes acuerdan presentar propuestas no elegibles (perdedoras) en aquellos territorios o clientes que pertenecen a otro miembro del acuerdo, o bien no presentan propuesta alguna.

Ejemplo de oferta colusoria con reparto de mercado.

En 2008, la Red Nacional del Seguro efectuó tres licitaciones para la provisión del servicio de transporte de desechos, desde los hospitales de todo el país hacia el lugar de tratamiento y disposición final de los desechos, ubicado en la zona metropolitana del país.

El proceso de adquisición del servicio se dividió en tres licitaciones: una para prestar el servicio en la zona occidental, otra para la zona oriental y otra para la zona central.

Los dos únicos agentes económicos existentes en el mercado de transporte de desechos hospitalarios bioinfecciosos, “Transportes Higiénicos, S.A. de C.V.”, y “Desechos sobre Ruedas, S.A. de C.V.”, luego de adquirir las bases de licitación, efectuaron una reunión para acordar distribuirse geográficamente la recolección de los desechos, esto con el fin de evitar competir entre ellos y poder de esta forma cobrar precios más altos por el servicio.

Dado que la producción nacional de desechos bioinfecciosos de los hospitales de la red asciende a 2 millones de kilogramos al año, acordaron que cada uno transportaría un millón, para lo cual, “Transportes Higiénicos, S.A. de C.V.”, presentó ofertas para las licitaciones de las zonas oriental y occidental, mientras que “Desechos sobre Ruedas, S.A. de C.V.”, solamente presentó oferta para la licitación de la zona central.

Por lo anterior, la institución gubernamental quien había realizado las tres licitaciones, no tuvo más opción que evaluar y adjudicar al único agente económico que presentó oferta en cada uno de los procedimientos.

- **Cobro por posturas:**

Se da cuando los miembros del acuerdo establecen un cierto cobro o comisión para efectuar las propuestas y cada uno de los participantes suma el monto de todas las comisiones a su propuesta individual, por lo que se incrementa, en esta cantidad, la oferta de todos. Los fondos acumulados son distribuidos posteriormente entre los participantes.

²⁵ OCDE (2007).

Ejemplo de licitación colusoria con cobro por posturas.

En 2009, "Aseguradora Viva Tranquilo, S.A. de C.V.", "Siempre Seguros, S.A. de C.V.", y "Seguros Saludables, S.A. de C.V.", participaron en una licitación para la provisión de servicios de seguros médicos hospitalarios para el Banco Nacional.

Posterior al retiro de las bases de licitación, las empresas aseguradoras realizaron una reunión en la que pactaron que debido a los numerosos requisitos establecidos por la institución gubernamental en las bases de licitación, el costo de preparar una oferta sería de \$500.00 para cada una de las empresas aseguradoras. Por tanto, acordaron incrementar sus ofertas en un total de \$1,500.00; de esta manera el agente económico que resultase ganador, compensaría a sus competidores con \$500.00 a cada uno.

• Reparto del botín:

Aquí se realiza una estimación de los costos en los que se incurre en presentar las ofertas. Cada participante eleva su propuesta en el monto de dichos costos. Una variante de esta modalidad es que el ganador se compromete a subcontratar parte del trabajo con los ofertantes que han perdido en la licitación.

Ejemplo de licitación colusoria reparto del botín

En 2007, "Constructora Portillo, S.A. de C.V.", "Construcciones Fabulosas, S.A. de C.V.", y "Se Construye Fácil, S.A. de C.V.", participaron en una licitación para la construcción de una red de bibliotecas nacionales en los principales departamentos del país.

Luego de haber retirado las bases de licitación, los agentes económicos interesados realizaron una reunión para tratar de llegar a un acuerdo entre los mismos, de tal forma que los tres salieran beneficiados.

En la misma, acordaron efectuar primeramente un "cobro por posturas" igual al descrito en el ejemplo anterior, incrementando los precios ofertados en \$1,500.00, con el acuerdo que el ganador compensaría a los demás con \$500.00, a cada uno.

En la misma reunión, los agentes económicos referidos acordaron los términos en los cuales serían elaboradas las ofertas, acordando lo siguiente: "Constructora Portillo, S.A. de C.V.", ofertaría a un monto de \$40 millones, "Construcciones Fabulosas, S.A. de C.V.", a \$50 millones y "Se Construye Fácil, S.A. de C.V.", ofertaría a \$60 millones por el proyecto.

Al ser evaluadas las ofertas por la comisión designada para ello por la institución y cumplir cumplir las tres con los requisitos establecidos en las bases, se adjudicó la licitación a "Constructora Portillo, S.A. de C.V.", quien fue la que ofertó el menor precio. Para compensar a los perdedores, (además de pagarles los \$500.00 a cada uno por los costos incurridos en la elaboración de las ofertas), "Constructora Portillo, S.A. de C.V." sub-contrató a

"Construcciones Fabulosas, S.A. de C.V.", para que fuera la encargada de colocar los techo y los pisos de las bibliotecas y a "Se Construye Fácil, S.A. de C.V.", para que realizara el retoque final de las paredes. De esta forma estimaron que las ganancias recibidas por cada uno de ellos serían iguales.

Usualmente, cuando existe un acuerdo colusorio que se mantiene en el tiempo, se presentan las siguientes condiciones:

- Las partes en colusión tienen una estrategia o política común;
- Existe un mecanismo mediante el cual los agentes económicos corroboran el cumplimiento del acuerdo; y
- El castigo y las represalias por desviarse del acuerdo son severas y creíbles.

2.4 LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

El marco normativo de defensa de la competencia, a través de la Ley de Competencia, establece en su **artículo 14**, letra m, la facultad del Consejo Directivo (CD), como autoridad máxima de la institución, de emitir opinión a requerimiento o de oficio sobre aquellos procedimientos de adquisición y contratación pública en los que pudiera limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia. Esta facultad del CD constituye una medida preventiva que permite a la Superintendencia de Competencia realizar recomendaciones respecto de cómo promover competencia a través de los procedimientos de compra.

En el **artículo 25** de la Ley de Competencia se establece la prohibición de las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores, que adopten, entre otras, las formas siguientes:

- 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;
- 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;

- Fijación o limitación de cantidades de producción.

Este tipo de acuerdos entre competidores son castigados por la ley de forma *per se*²⁶ y están sujetos al régimen de sanciones, las cuales en algunas jurisdicciones del mundo pueden incluir la pena de cárcel. Es ampliamente reconocido que los carteles de núcleo duro o acuerdos entre competidores son una de las prácticas anticompetitivas más dañinas²⁷.

En El Salvador, las multas para dicha práctica según el **artículo 38** de la Ley de Competencia pueden alcanzar un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. Sin embargo, a partir de octubre de 2007, luego de reformada la Ley de Competencia se agregó un segundo inciso mediante el cual se endurecieron las multas para las infracciones que revistan particular gravedad. Estas multas pueden alcanzar montos de hasta el **6% de las ventas anuales obtenidas por el infractor o hasta por el 6% del valor de sus activos durante el ejercicio fiscal anterior o una multa equivalente a un mínimo de 2 veces y hasta un máximo de 10 veces la ganancia estimada derivada de las prácticas anticompetitivas, cualquiera que resulte más alta.**

Además de la sanción económica, la Superintendencia, en la resolución final, ordenará la cesación de las prácticas anticompetitivas en un plazo determinado y establecerá las condiciones u obligaciones

necesarias, sean éstas estructurales o de comportamiento.

Existe también en la legislación de competencia el “programa de clemencia”, mediante el cual un agente económico que haya estado involucrado en un acuerdo colusorio puede aceptar ante el Superintendente de Competencia el cometimiento de dicha práctica, siempre y cuando sea el primero y colabore en forma plena y continua con la Superintendencia en la sustanciación de la investigación; no le aplicará el inciso segundo del **artículo 38**, es decir, que solamente se hará merecedor (en caso de determinarse culpable) de una multa máxima de 5,000 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

²⁶ Es decir, sin necesidad de comprobarse un efecto negativo sobre la competencia, sino por el simple hecho de la existencia del acuerdo.

²⁷ OCDE. www.oecd.org/competition/cartels

2.5 ¿QUÉ SE PUEDE HACER PARA PREVENIR LAS LICITACIONES COLUSORIAS?

De forma preventiva, se pueden adoptar dos tipos de medidas tendientes a disminuir el riesgo de formación de un acuerdo en licitaciones. Por una parte, elaborar cuidadosamente los procesos de adquisición y contratación de tal forma que se promueva la participación del mayor número de agentes económicos posible y, como segunda medida, elaborar a partir de los diversos procedimientos de compra efectuados una serie de registros e información.

Estos registros podrían incluir información relevante, como por ejemplo los agentes económicos con quienes se contratan o adquieren productos y servicios, agentes que han participado, mercados en los que se realizan las adquisiciones y compras, precios a los cuales se ha adjudicado, etc. Esta medida posibilita contar con indicadores que constituyan alertas sobre el posible cometimiento de prácticas anticompetitivas en las licitaciones.

2.5.1 RECOMENDACIONES GENERALES PARA EL DISEÑO

A continuación, se vierte una serie de recomendaciones emanadas de la OCDE tendientes a promover competencia en el diseño e implementación de los procedimientos de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública.

I. Respetar los principios de no dis-

criminación, igualdad y amplia publicidad, con el fin de promover la participación del mayor número de agentes económicos.

II. El riesgo de colusión se minimiza mediante la reducción de:

- a. Las barreras a la entrada y el incremento del número de participantes;
- b. La transparencia y los flujos de información competitiva sensible; y
- c. La frecuencia de las oportunidades de compras gubernamentales.

III. Las barreras a la entrada se disminuyen mediante la eliminación de criterios restrictivos innecesarios y la reducción de los costos de preparación de ofertas; por ejemplo, permitiendo que éstas se presenten electrónicamente.

IV. Para incrementar el número de posibles participantes, es importante abrir los procedimientos a la participación internacional.

V. Con el fin de limitar el intercambio de información relevante, sería recomendable mantener la identidad de los ofertantes en secreto; por ejemplo, mediante la asignación de claves numéricas o alfanuméricas.

VI. La frecuente interacción facilita las estrategias de castigo entre competidores y permite la formación de un acuerdo sostenible en el tiempo. Por tanto, realizar procedimientos de licitación más

cortos y regulares posibilita la colusión, mientras la realización de procedimientos de licitación más largos disminuye el riesgo.

VII. El asocio entre dos o más agentes económicos es una importante modalidad, la cual permite que agentes económicos de tamaño pequeño o mediano, los cuales no pueden cumplir los requisitos de una licitación por ellos mismos, sean capaces de competir mediante el asocio. Sin embargo, éste debería ser permitido solamente cuando los agentes económicos ofertantes, por su escala, no pueden hacerle frente individualmente al proyecto.

VIII. La limitación de la capacidad de participar tras haber sido encontrado culpable de participar en un acuerdo colusorio en los últimos cinco años.

IX. La exigencia de una declaración jurada (llamada en ocasiones, certificado de independencia) por medio de la cual los participantes declaren que la oferta no es producto de ningún tipo de acuerdo. Ver en recuadro n.º 1, el modelo de declaración jurada propuesta por la Superintendencia de Competencia.

RECUADRO N.º 1

MODELO DE DECLARACIÓN JURADA DE INDEPENDENCIA

EN CONOCIMIENTO QUE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES EN LICITACIONES ESTÁN PROHIBIDOS POR LA LEY DE COMPETENCIA, DECLARO BAJO JURAMENTO QUE:

1. Los términos de la presente oferta fueron alcanzados independientemente, sin el afán de limitar o restringir la competencia en el presente procedimiento de licitación. Para tales efectos, no se realizó ningún tipo de consulta, comunicación o acuerdo con cualquier otro ofertante o competidor relacionado con la determinación del factor de competencia del mismo;
2. La oferta presentada no ha sido comunicada y no lo será por el ofertante, directa o indirectamente, a ningún ofertante o competidor antes de la apertura de la misma;
3. No se ha realizado ninguna acción por el ofertante orientada a inducir a algún otro interesado a presentar o evitar presentar una oferta o formularla de alguna forma, en particular con el propósito de limitar o restringir la competencia .
4. No existe ningún acuerdo de fijación de precios, limitación de cantidades de oferta o reparto de mercado con otros participantes en los procedimientos de licitaciones ni de cualquier otra naturaleza.

2.5.2 ACTUALICE PERIÓDICAMENTE SU CONOCIMIENTO DEL MERCADO

Existen otros mecanismos que se pueden emplear para protegerse del cometimiento de esta práctica, los cuales se enumeran a continuación y están orientados a mantener un conocimiento actualizado del mercado, de los bienes y servicios que normalmente se adquieren en los procesos de adquisiciones y contrataciones.

I. MANTENGA UN REGISTRO DE LAS COMPRAS

Se recomienda mantener una recopilación de los datos de todas las compras efectuadas del producto o servicio realizadas en el pasado con la finalidad de detectar desviaciones excesivas de precios que no se encuentren vinculadas con incrementos en costos.

Algunos de los datos que deberían ser recabados son: nombre de la licitación, tipo

de producto o servicio, precio esperado a contratar, precio al que se adjudicó, ganador del procedimiento de licitación, nombre y número de ofertantes, precios ofertados y cambios en el método de adjudicación al ganador.

Deberán también monitorearse datos específicos del mercado en el que se produce el bien o servicio, como por ejemplo, número y características de los agentes económicos existentes, insumos de producción empleados, evolución de los precios de mercado, etc.

II. ESTABLEZCA UNA ESTIMACIÓN INTERNA DEL PRECIO

La estimación interna del precio, unida al conocimiento de las condiciones generales del mercado, hará que sea mucho más fácil identificar una desviación excesiva del precio a pagar.



DETECTANDO OFERTAS COLUSORIAS

3. DETECTANDO OFERTAS COLUSORIAS

La experiencia internacional ha permitido identificar algunos instrumentos específicos que pueden emplearse en la labor de detección y obtención de pruebas en los casos de licitaciones colusorias. Se identifican al menos tres instrumentos de detección: las “checklists”, los mecanismos de supervisión permanente y los programas de clemencia.

Las llamadas “checklists” son instrumentos sencillos que ayudan a generar luces de alerta respecto de aquellas circunstancias que se apartan de la normalidad y que pueden servir como insumos de información a la Superintendencia de Competencia respecto de un posible cometimiento de una práctica anticompetitiva.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha desarrollado algunos indicadores diseñados para detectar comportamientos sospechosos²⁸. La lista señalada a continuación distingue indicadores de situaciones anormales respecto de: **a)** las ofertas, **b)** los precios, y **c)** otros comportamientos sospechosos.

²⁸ O DOJ (2004).

3.1 INDICADORES DE SITUACIÓN ANORMAL RESPECTO DE LAS OFERTAS

- a) El hecho que un mismo agente económico siempre gane una licitación específica es más sospechoso si otro u otros agentes económicos presentan ofertas que fracasan sin una causa aparente y razonable;
- b) Se presentan a ofertar los mismos proveedores y parecen ir tomando turnos para presentar la mejor propuesta y terminar siendo adjudicadas con la licitación;
- c) Algunas de las ofertas son mucho más elevadas que ciertos parámetros, como por ejemplo las ofertas previas (en licitaciones anteriores) de los mismos agentes económicos, o que la estimación de costos realizada con anterioridad por la institución licitante;
- d) En un determinado procedimiento se presenta un número de ofertantes menor que el habitual;
- e) Un mismo agente económico presenta ofertas en una licitación con precios sustancialmente superiores a los presentados en otra licitación, sin que existan diferencias de costos aparentes que justifiquen la disparidad de las ofertas;
- f) Los precios de las ofertas caen siempre que un nuevo o infrecuente ofertante aparece en una licitación;
- g) El ganador de la licitación subcontrata parte del trabajo con competidores que presentaron ofertas que fracasaron en el mismo proceso de contratación; y
- h) El oferente que se perfila como ganador de la licitación retira su oferta y, una vez adjudicada a un nuevo ganador, más caro, el primero es subcontratado por el segundo.

3.2 EL HECHO QUE SE PRESENTEN PRECIOS IDÉNTICOS O MUY SIMILARES ENTRE LOS OFERTANTES PUEDE INDICAR UN ACUERDO DE PRECIOS

Especialmente cuando:

- a) Los precios se han mantenido idénticos por un período largo;
- b) Los precios son idénticos, incluso en los detalles;
- c) Anteriormente, los precios eran diferentes y han sufrido cambios repentinos;
- d) Dichos incrementos de precios no aparecen respaldados en aumentos de costos;
- e) En mercados donde habitualmente han existido descuentos, son eliminados de repente;
- f) Los proveedores cobran más caro a los clientes cercanos que a los clientes distantes, lo que puede indicar que los precios de las ofertas presentadas en licitaciones más cercanas han sido fijados;
- g) Existe una diferencia importante entre el precio ganador y las otras ofertas; y

3. OTROS COMPORTAMIENTOS QUE PODRÍAN SER SOSPECHOSOS

- a) Las ofertas presentadas por los distintos oferentes contienen irregularidades idénticas (como cálculos u errores ortográficos) o similitud en la letra manuscrita, tipografía o papelería. Esto puede indicar que el ganador designado por el acuerdo pudo haber preparado algunas o todas las propuestas de los participantes perdedores;
- b) Las ofertas contienen borrones u otras alteraciones físicas que puedan significar cambios de precio de último minuto;

- c) Un ofertante retira las bases para sí y para uno de sus competidores, o bien, presenta su propuesta y la de un agente económico competidor;
- d) Un agente económico presenta una propuesta, no obstante ser incapaz de ejecutar el contrato exitosamente (probablemente, se trata de una "oferta complementaria"); y
- e) Se subcontrata la misma persona para elaborar diversas propuestas para una misma licitación y presenta su propuesta definitiva sólo una vez que determina o intenta determinar qué otros agentes económicos están participando.

3.4 ¿CÓMO DENUNCIARLAS?

Si durante el procedimiento de licitación se detecta alguno de los indicadores de alerta indicados en este manual informativo, u otro hecho que considere sospechoso o tiene cualquier consulta al respecto, puede hacerlo a través de la dirección de correo electrónico: contacto@sc.gob.sv, o al teléfono 2523-6600.

IV.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA CON RESPECTO A LAS ADQUISICIONES CONTRATACIONES POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PRONUNCIAMIENTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA CON RESPECTO A LAS ADQUISICIONES CONTRATACIONES POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Superintendencia de Competencia, con base a la facultad que le confiere la Ley de Competencia²⁹ se ha pronunciado sobre diferentes aspectos relativos a los procesos de compras públicas, tanto a su regulación por parte de la LACAP como a su ejecución por parte de la Administración.

4.1 UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La utilización de los procedimientos establecidos dentro de la LACAP, tienen como finalidad la elección de la oferta más conveniente a los intereses nacionales, limitando el poder discrecional de los funcionarios, y fomentando la competencia en beneficio de la administración y de los ciudadanos mediante el buen aprovechamiento de los recursos públicos.

La Superintendencia de Competencia, con base a la facultad que le confiere la Ley de Competencia se ha pronunciado sobre diferentes aspectos relativos a los procesos de compras públicas, tanto a su regulación por parte de la LACAP como a su ejecución por parte de la Administración.

Sobre esto, la SC se pronunció en 2006, cuando la Alcaldía Municipal de San Salvador había otorgado por medio de un arrendamiento simple a "DIKA, S.A. de C.V.", el uso de una propiedad perteneciente a la alcaldía, en la cual se encontraba el rastro municipal. Dentro de dicho arrendamiento se había consignado la condición que los servicios de corralaje, guías, pesas y salas de matanza, tanto de ganado menor y mayor, serian responsabilidad de la sociedad "DIKA, S.A. de C.V.", entregando de esta manera a un ente privado la prestación del servicio de rastro municipal, en clara contravención a los **artículos 7** del Código Tributario, **130 y 134** de la Ley General Tributaria Municipal, **130, 131-Bis, 133 y 136** de la LACAP.

Dicha contravención genera una afectación a la competencia como bien tutelado, no solo por el incumplimiento de la normativa prevista, sino específicamente por la eliminación y restricción a la posibilidad que hubiesen podido tener los otros agentes económicos para la presentación de distintas ofertas, pudiendo de esta manera haber asegurado un precio y calidad competitivos³⁰.

²⁹ Artículo 14 literales h), l) y m) de la Ley de Competencia.

³⁰ SC-002-D/PA/R/2006, PROCACUDE-DIKA. Resolución de fecha 12 de diciembre de 2006.

4.2 DERECHO DE EXCLUSIVIDAD Y PRÓRROGA

La exclusividad dentro de la contratación pública, se observa con frecuencia en actividades comerciales e industriales tanto en El Salvador como en el resto del mundo, dado que en determinados escenarios podría generar eficiencias importantes. Para efectos de competencia, la exclusividad debe ser analizada caso por caso.

En 2006, la Alcaldía Municipal de San Salvador otorgó mediante contrato de arrendamiento simple el uso de una de sus propiedades, en el cual se encontraba ubicado el rastro municipal. En el contrato de arrendamiento se estipulaba que los servicios públicos que brindaba la alcaldía a través del rastro municipal (servicios de corralaje, guías, pesas y salas de matanza, tanto de ganado menor y mayor) serían proporcionados por la empresa arrendataria, derivando en que un servicio público era entregado mediante la suscripción de un contrato de arrendamiento que contenía una exclusividad, violentando lo comprendido en el **artículo 133** de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

La SC ha manifestado que si la Administración Pública decide otorgar exclusividad en alguno de sus contratos debido a la natura-

leza del bien o servicio que se está otorgando (en este caso particular, un servicio público), la duración de la misma debe de ser prudencial y económicamente razonable (de forma que si bien permita recuperar las inversiones realizadas, no compromete a la institución por un periodo muy largo de tiempo que genere ineficiencias y barreras de entrada)³¹.

Lo anterior puede aplicarse también en el caso de las prórrogas de estos derechos exclusivos; no deberían existir derechos preferentes a la hora de volver a otorgar una exclusividad, es decir, que el agente económico al que se le otorgó la exclusividad por un plazo determinado, no tiene que tener ninguna ventaja frente al resto al momento de competir por un nuevo periodo³².

Previo a otorgar un derecho exclusivo o una prórroga de un derecho de este tipo por parte de una institución de la administración debe realizarse una invitación pública, ya que la competencia ex ante que se generaría por la intención de los agentes económicos de ganar el derecho a la exclusividad, (es decir, al momento de la selección de aquel que será favorecido con la exclusividad) daría como resultado el fomento de la eficiencia económica y del bienestar del consumidor.

³¹ SC-022-OP/LP/NR-2010, Opinión CIFCO, Resolución de fecha 6 de julio de 2010.

³² Idem.

4.3 SOCIEDADES VINCULADAS

En la LACAP, no existe regulación alguna que prohíba, limite o condicione la participación en un mismo proceso de contratación pública, de sociedades vinculadas o controladas por otras, o en otras palabras, que sean parte de un mismo grupo empresarial, pudiendo estar vinculadas por encontrarse bajo un mismo control ya sea por propiedad o por administración. Por propiedad en el caso de las sociedades sean accionistas entre sí o por estar sujetas a las mismas personas como parte de sus órganos de dirección.

En 2009, el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) pidió opinión a la SC, dentro del desarrollo de una licitación que realizaba. La temática planteada giraba en torno a que dos de las sociedades ofertantes "SIMAN S.A. de C.V." y "MULTIPAV S.A. de C.V." tienen accionistas comunes y a la vez estos accionistas se constituyen como mayoritarios en ambas, de tal forma que estaban en capacidad de tener influencia sobre las mismas, y por lo tanto forman parte de un mismo grupo empresarial³³.

Este tipo de situaciones puede afectar la dinámica competitiva poniendo en desventaja al resto de ofertantes, ya que el hecho que un mismo grupo empresarial presente

dos ofertas, (pudiendo incluso ser complementarias) incrementa las posibilidades que dicho grupo sea beneficiado como resultado de ofertas que se han presentado (en apariencia por personas jurídicas distintas), obteniendo así parte del contrato o la totalidad del mismo.

En efecto, al tratarse de empresas con sociedades controladoras comunes, estos ofertantes, se configuran en agentes económicos bajo una misma dirección y, por tanto, en agentes carentes de la independencia necesaria para ejercer presiones competitivas el uno sobre el otro, pudiendo, en determinadas circunstancias, tratarse de ofertas complementarias³⁴.

Sin embargo, no hay obstáculo alguno para que en las bases de licitación se perfilen requerimientos específicos dedicados a los oferentes que forman parte de un mismo grupo económico sin perjuicio de lo que establezcan los modelos y guías establecidos por la UNAC³⁵.

Por ello, sería importante en los procesos de licitación, considerar la inclusión de algún tipo de restricciones o condicionantes que resulten pertinentes en cada caso, de tal

³³ SC-023-OP/LP/NR-2010, Opinión MAG, Resolución de fecha 20 de julio de 2010.

³⁴ Idem.

³⁵ Artículos 43 y 44 de la LACAP.

manera que se busque prevenir o limitar que empresas bajo un mismo control presenten más de una oferta, a través de empresas vinculadas, aun cuando su personalidad jurídica sea diferente, pero su composición accionaria, contratos u otras figuras revelen la existencia de pertenencia a un grupo económico³⁶.

4.4 ASOCIOS

La posibilidad de que empresas concurran a procedimientos de contratación pública conjuntamente, por ejemplo a través de la constitución en uniones temporales, puede tener efectos positivos en la competencia bajo el supuesto de la existencia de un acuerdo legítimo entre empresarios, esto permite una mayor flexibilidad y diversidad de opciones de organización lo que puede generar la reducción de los costos y la posibilidad de acceso de la licitación.

Previo a la reforma de la LACAP en 2011, el **artículo 3** de la misma (ahora derogado) los definía como *la unión de varios ofertantes, sin que ello implique contratar con una persona diferente. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar ante la institución*

contratante, la existencia de un acuerdo de unión previamente celebrado por escritura pública en el que se regulen, por lo menos, las obligaciones entre los sujetos y los alcances de su relación con la institución que licita.

El último anteproyecto de reformas a la LACAP, fue presentado a la SC para opinión, a lo cual sobre este punto la SC opinó que *como se observa, el proyecto de reforma incorpora la figura de la unión de varios oferentes que resulta relevante en materia de competencia, ya que posibilita superar problemas relacionados con la escala de producción de las empresas. Por lo tanto, dicha figura deberá ser permitida únicamente cuando ninguno de los agentes involucrados pueda por si mismo cumplir con la escala requerida*

en la contratación respectiva. Asimismo, los efectos positivos del uso de dicha figura se generan bajo el supuesto de la existencia de un acuerdo legítimo entre empresarios, por lo cual, resulta yuxtapuesta, aunque no igual, a los acuerdos colusorios que constituyen una práctica anticompetitiva³⁷.

Y continuó: *para evitar que los límites entre ambos tipos de acuerdos se tornen difusos, se estima apropiado introducir condiciones generales que circunscriban los límites materiales de dicha unión, desarrollándolos en el reglamento de la LACAP.*

Al aprobarse estas reformas, se derogó el **artículo 3** antes citado de la LACAP, manteniéndose la posibilidad de utilizar la figura del socio para participar en las compras públicas, de acuerdo al nuevo **artículo 2** de dicha ley, donde se establece que las personas (naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras) como sujetos de la ley, pueden participar en forma individual o conjunta.

Además, estableció en el nuevo **artículo 39-B** LACAP, que las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales, podrán asociarse para ofertar, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el Código tributario para la Unión de Personas³⁸.

³⁷ SC-002-OP/PN/R-2011, Opinión LACAP, Resolución de fecha 12 de abril de 2011.

³⁸ Artículo 41-A.- Para efectos tributarios, se entenderá por Unión de Personas, al agrupamiento de personas organizadas que realicen los hechos generadores contenidos en las leyes tributarias, cualquiera que fuere la modalidad contractual, asociativa y denominación, tales como Asocios, Consorcios, o Contratos de Participación.

³⁶ Idem.

4.5 BASES DE LICITACIÓN

Las bases de licitación constituyen los documentos reguladores en el acceso a las licitaciones públicas y se elaboran para que los interesados conozcan en detalle el objeto de la contratación, el alcance y forma de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de la obra, bien o servicio que se busca adquirir. Son elaborados por cada institución a través de su respectiva Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, en adelante UACI.

Las ofertas presentadas por los agentes económicos, deben comprender todos los aspectos y armonizar con dichas bases, por lo que éstas deben ser redactadas en forma clara y precisa, de manera que garanticen los principios de igualdad y no discriminación, así como las mejores condiciones de competencia posibles conteniendo como mínimo lo establecido en el **artículo 44** de la LACAP³⁹.

De las bases de licitación derivan los derechos y obligaciones tanto de los oferentes como de la administración, por lo que debe ponerse especial énfasis en la elaboración de las mismas, evitando la introducción de cláusulas que generen barreras a la entrada⁴⁰, obstáculos o cargas innecesarias al acceso de agentes económicos a la licitación.

La existencia de barreras de entrada, eleva el riesgo de que exista una colusión de los ofertantes. La SC sobre esto opinó que *el elevado acervo de requisitos habitualmente dispuestos en las bases de licitación (alguno con fundamento legal y otros posiblemente incluidos por costumbres arraigadas en cada institución gubernamental) podría estar limitando en ciertos casos la competencia, al convertirse en desincentivos a la participación de un mayor número de oferentes*⁴¹.

Los pronunciamientos relacionados a las bases de licitación pueden desglosarse así:

4.5.1 REQUISITOS MÍNIMOS

La LACAP en su **artículo 44** establece cual será el contenido mínimo de toda base de licitación o concurso. En este contenido mínimo se encuentra la identificación de la institución contratante y del proceso de licitación o concurso; el que las ofertas deberán presentarse en castellano; la cantidad, especificaciones o características técnicas de las obras, bienes o servicios a adquirir; el plazo de la adjudicación; condiciones de entrega; entre otros.

En una opinión a un anteproyecto de reforma de la LACAP, la SC señaló que las bases de licitación constituyen un instrumento fundamental para dar a conocer los requerimientos de bienes y servicios de las instituciones gubernamentales (...). Por tanto en aras de promover la transparencia y uniformidad en los procesos de adquisiciones y contrataciones gubernamentales se considera necesario que la ley regule el contenido mínimo que deberá incluirse en dichos documentos (...)⁴².

En la medida de lo posible, debe explicarse dentro de las bases, el mecanismo y los parámetros referentes a los procesos de licitación o concurso, para limitar posibles excesos en la discrecionalidad; así el ofertante

sabe que la emisión de bases de licitación de acuerdo a lo previsto en la normativa, brinda a los posibles participantes el conocimiento necesario sobre los distintos puntos que deben ser cumplidos para que su oferta sea evaluada.

4.5.2 PLAZOS PARA EL RETIRO DE BASES DE LICITACIÓN

De acuerdo al **artículo 49** de la LACAP, el plazo para el retiro de bases es a discreción de la institución contratante, en los casos que los agentes económicos deseen obtenerlas directamente de la UACI de la institución responsable de la convocatoria⁴³.

Es conveniente que se establezcan plazos razonables para que diversos agentes económicos puedan retirar o descargar bases gratuitamente de www.comprasal.gob.sv, permitiendo así la recepción de una mayor cantidad de propuestas, asegurando así para las instituciones diversas opciones que a la hora de su evaluación, permitan la elección de la mejor propuesta en calidad, precio y servicio (es decir promover la competencia dentro de los procedimientos).

En 2006, la Alcaldía de San Miguel realizó una licitación por invitación, donde el plazo dado para el retiro de las bases de licitación fue por dos horas dentro del mismo día de su publicación, a lo cual la SC recomendó:

Además, se aprecia que, por un lado, el plazo

El agrupamiento de personas a que se refiere el inciso anterior, deberán constar en Acuerdo de Unión previamente celebrado mediante escritura pública, en la cual deberá nombrarse representante, debiendo presentar dicha escritura a la Administración Tributaria al momento de su inscripción.

El sujeto pasivo surgido mediante el acuerdo citado, deberá anteponer a su denominación la expresión "UDP" en todos los actos que realice y en toda la documentación o escritos que tramite ante la Administración Tributaria.

La Unión de Personas a que se refiere el presente artículo, estará sujeta a todas las obligaciones tributarias que le corresponden como sujeto pasivo, Código Tributario.

³⁹ Preguntas y respuestas frecuentes, LACAP, UNAC, Ministerio de Hacienda, 2010

⁴⁰ Barreras de entrada son todos aquellos factores que impiden, limitan o dificultan el ingreso de nuevos agentes económicos a un sector o rama de la economía. Glosario de la Superintendencia de Competencia, 2009.

⁴¹ SC-005-O/AP/R-2010, Recomendación sector Combustibles. Resolución de fecha 9 de marzo de 2010.

⁴² SC-020-OP/PN/R-2010, Opinión LACAP, Resolución de fecha 18 de mayo de 2010.

⁴³ El plazo para el retiro de bases no puede ser menor a 2 días hábiles según lo dispuesto por el artículo 41 del actual RELACAP

otorgado para el retiro y compra de las bases comenzó a partir de las ocho horas del mismo día en que salió publicado el aviso en un periódico de circulación nacional; y, por otro lado, que el tiempo que se tuvo (dos horas) para que los contratistas invitados, o cualquier otro agente, retiraran las bases, es un plazo que, si bien es posible de acuerdo al texto de la LACAP, puede fácilmente ampliarse en futuras ocasiones para que los agentes económicos involucrados, o que se quieran involucrar en el procedimiento de licitación, concurran sin mayores inconvenientes temporales⁴⁴.

4.6 EVALUACIÓN DE OFERTAS

Los requisitos exigidos por el ente público para la participación en sus procesos de compra deben de estar justificados sobre bases relacionadas con el objeto del contrato, ya que al exigir una serie de requisitos demasiado rigurosos, se pueden elevar innecesariamente las barreras de entrada para los diferentes agentes económicos que desean presentar una oferta en un proceso de adquisición o contratación pública⁴⁵.

La evaluación de las mismas debe ser

apegada a los principios establecidos en la ley, y será realizada por la Comisión de Evaluación de Ofertas designada al efecto, quienes analizarán los aspectos legales, técnicos y económico financieros de las ofertas, utilizando para ello los criterios establecidos en las bases.

El **artículo 48** inc. 4º del actual Reglamento de la LACAP, en adelante RELACAP⁴⁶, establece que los factores que podrán tomarse en cuenta (entre otros) para la evaluación

con ponderación son: los criterios técnicos de capacidad y experiencia del ofertante y su personal, su situación financiera y sus potenciales de producción, los méritos académicos y la experiencia del personal que ejecutará el contrato, la cuantificaciones de producción, la metodología y el programa de trabajo.

La Superintendencia ha realizado pronunciamientos relativos a diferentes etapas de la evaluación de ofertas, detallándolas a continuación.

4.6.1 EVALUACIÓN DE OFERTA TÉCNICA

La evaluación de la capacidad técnica del potencial contratista es necesaria en aras de garantizar el cumplimiento de las futuras obligaciones contractuales en condiciones satisfactorias. El respaldarla, puede alcanzarse mediante la presentación de referencias, experiencias exitosas con otras instituciones públicas o privadas, tal como lo establece el actual Reglamento de la LACAP en su **artículo 49**. Para esto, las instituciones deben solicitar a los nuevos ofertantes las correspondientes referencias de trabajos anteriores, considerando que ello es una forma objetiva de comprobar que la empresa se encuentra en capacidad de prestar los servicios requeridos, pero la evaluación que se le dé a este tipo de referencias debe estar basada en su contenido más que en el número de referencias que sean presentadas, o en la

cantidad de años de experiencia que posea el ofertante.

La evaluación de la experiencia debe basarse en primer lugar en el tipo de bien o servicio que se desea adquirir. Para el caso del sector de medicamentos específicamente, la SC en una opinión que se le solicitara sobre el contenido de unas bases de licitación pública relativas a la prestación del servicio de farmacia para empleados, ésta manifestó que para este caso particular *contar con un año o menos de experiencia no debería ser un motivo para que el agente económico no pueda participar a plenitud en una licitación pública, ya que ello excluiría a los nuevos entrantes del mercado de poder participar en los procesos de adquisiciones y contratación públicas. (...) Finalmente,, en términos generales, se considera que la experiencia y capacidad técnica deben de valorarse con mayor énfasis en la calidad del servicio y cantidad de referencias satisfactorias, independientemente que hayan sido obtenidas en la misma institución. (...) los años de existencia de la empresa o del negocio no son un indicador certero de calidad*⁴⁷.

4.6.2 EVALUACIÓN DE OFERTA ECONÓMICA

La decisión de valorar la oferta económica una vez cumplidos ciertos requisitos técnicos y financieros está contemplado en el **artículo 44** literal r de la LACAP, sin embargo no se señala a cuánto asciende el monto o puntaje que debe de otorgarse a la evaluación técnica y a la financiera como requisito para conocer

⁴⁴ SC-010-D/PA/NR-2006, PROEMO, Resolución de fecha 28 de septiembre de 2006

⁴⁵ Comisión Nacional de Competencia España (2011), Guía sobre Contratación Pública y Competencia, "Acceso a la licitación" Pág. 10

⁴⁶ Emitido por Decreto Ejecutivo N.º 98, de fecha 20 de octubre de 2005, publicado en el Diario Oficial N.º 200, Tomo N.º 369 del 2 de octubre de 2005.

⁴⁷ SC-004-OP-LP-2008, Opinión Farmacéuticos Equivalentes, Resolución de fecha 26 de agosto de dos mil ocho.

la oferta económica, quedando a discreción de cada una de las UACI correspondientes.

En la misma opinión citada en el apartado anterior, sobre este aspecto dentro de las bases de licitación para la prestación de servicios de farmacia, la SC manifestó que esta *decisión debe de estar apegada a criterios objetivos y claramente definidos con anterioridad (en las bases de licitación), de manera que no se deje de evaluar o conocer la oferta económica de un participante debido a requisitos financieros y técnicos innecesarios. Lo contrario también es válido, ya que una oferta no deberá pasar a la fase de evaluación económica de forma automática, esto es, sin antes haber considerado los factores financieros y técnicos que aseguren la calidad y seguridad del aprovisionamiento*⁴⁸.

4.7 LICITACIONES PARCIALES

Tomando en cuenta la naturaleza de la adquisición o contratación, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes, mediante la división en lotes, rubros o ítems, siempre y cuando aquéllas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado, de acuerdo a lo establecido por el **artículo 46** de la LACAP.

En la misma opinión citada en el apartado anterior, sobre este aspecto dentro de las bases de licitación para la prestación de servicios de farmacia, la SC manifestó que *se considera positivo para la promoción de la competencia, ya que permite que aquellos agentes económicos que no posean capacidad para ofertar por la totalidad de la licitación, puedan participar únicamente en aquellos aspectos que se encuentran dentro de sus posibilidades, dado que se reducen los costos de participación en el procedimiento, incentivando la presentación de más ofertas y aumentando, como consecuencia la calidad de las opciones disponibles*⁴⁹.

⁴⁸ Idem

⁴⁹ Idem

4.8 REQUISITOS ECONÓMICOS INNECESARIOS

Dentro de los procesos de licitación y con la finalidad de asegurar la mayor concurrencia de ofertantes, deben de eliminarse y evitarse exigencias que supongan una carga económica desproporcionada para los agentes económicos interesados en ofertar.

4.8.1 EXCESIVAS GARANTÍAS

Los costos en los que deban incurrir los interesados para participar en un proceso público de adquisiciones, puede constituir un obstáculo a la entrada de posibles competidores (sobre todo los pequeños); ya que les dificultaría constituir una oferta de licitación adecuada por razones de índole económico.

En ese sentido, reducir dichos costos de presentación de las ofertas puede contribuir a fomentar la concurrencia del mayor número de agentes económicos dispuestos a competir por el contrato propuesto.

Se recomienda por lo tanto evitar colocar una misma cantidad en todos los casos, debiendo para ello valorar caso por caso, la necesidad y pertinencia de exigir a los ofertantes estas garantías financieras y asimismo ponderar si éstas tienen necesariamente que ser el límite máximo admitido en la Ley.

Para ello, el establecimiento de distintos rangos para cada tipo de garantía, facilitaría que en cada procedimiento de contratación se exijan las garantías proporcionales y razonables a los ofertantes y adjudicatarios de los distintos procedimientos. Al respecto, la Junta de Andalucía ha manifestado *que la simplificación de procedimientos, la eliminación de cargas en los procesos de selección en la contratación pública, son en la actualidad compromisos ineludibles para impulsar una mayor competencia en este ámbito*⁵⁰.

⁵⁰ Junta de Andalucía, España (2010) Recomendaciones para Facilitar el Acceso y Promover la Competencia en el Ámbito de la Contratación Pública de Andalucía.

4.9 BARRERAS COMERCIALES

4.9.1 IMPORTACIONES PARALELAS

Las importaciones paralelas son definidas como *la situación en la que un producto fabricado legalmente en el extranjero (es decir, no un producto pirata) se importa sin permiso del titular del derecho de propiedad intelectual (por ejemplo, el titular de una marca de fábrica o de comercio, o de una patente). Algunos países lo permiten, pero otros, no*⁵¹.

*Como en el Acuerdo sobre los ADPIC no se determina el momento en que se agotan los derechos de propiedad intelectual, los Estados gozan de libertad para establecer el momento en que un titular de patente pierde los derechos exclusivos sobre la reventa de un producto. Esta libertad es un instrumento de política decisivo para los países en desarrollo, pues les permite importar a precios más bajos medicamentos patentados procedentes de países en los que los derechos de patente ya se han agotado (lo cual se denomina "importación paralela")*⁵².

La Superintendencia de Competencia en 2008 en una opinión brindada sobre la Ley de Medicamentos *manifestó específicamente que con el uso de esta figura en el sector de medicamentos se habilitaría el mecanismo para verificar las importaciones paralelas de medicamentos no comprendidos por marcas internacionales y patentes en El Salvador, lo que se considera un paso importante para propiciar mayor competencia en el mercado por medio del incremento de ofertas de genéricos*⁵³. La promoción de genéricos en las bases de licitación incrementa las ofertas, potencia la competencia y reducen los precios.

*Los mercados donde no hay control de precios, las importaciones paralelas pueden favorecer la competencia, porque pueden ayudar a reducir las barreras a la entrada y desbaratar la colusión entre fabricantes*⁵⁴, introducir productos importados paralelamente puede permitir obtener precios más bajos y generar una mayor competencia en términos de precios, lo que tendrá como efecto inmediato una reducción en los mismos, dando lugar a un funcionamiento más eficiente del mercado, con el consecuente beneficio para los consumidores.

⁵¹ Organización Mundial de Comercio, Suiza, Glosario de Términos.

⁵² La aplicación de la convención sobre los derechos del niño en El Salvador: la repercusión de los acuerdos comerciales internacionales por los que se rigen los derechos de propiedad intelectual en el acceso a los medicamentos y el respeto de los derechos del niño. 3D - Trade - Human Rights - Equitable Economy, 2004.

⁵³ SC-018-OP-PL-NR-2008, Opinión a proyectos de ley sobre medicamentos. Resolución de fecha 26 de agosto de 2008.

⁵⁴ La Política de la Competencia y el Ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual, UNCTAD, 2008.

En términos generales se puede decir entonces que la entrada de productos importados paralelamente incentivaría la competencia (especialmente en precios), obligaría a una competencia sana y con ello se beneficiarían los consumidores.

4.10 SOBRE LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN

La administración pública se enfrenta, a regulaciones que establecen requisitos de transparencia de los procesos de licitación, y por lo tanto, existe cierta información que debe estar disponible para el público en aras de evitar distorsiones en este tipo de procedimientos. La disponibilidad de cierto tipo de información puede contribuir a la concreción de acuerdos anticompetitivos que afecten la eficiencia de los resultados de dichos procesos.

En 2010 la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, SIGET, realizó una consulta a la Superintendencia de Competencia, respecto al proyecto de procedimientos de libre competencia a utilizar para los contratos a largo plazo. Dentro de esta opinión se recomendó *que la norma estipule que durante el procedimiento*

*de libre competencia, se mantenga por parte de la distribuidora licitante, la identidad de los participantes debidamente inscritos en secreto. Lo anterior con el objeto de evitar que el mismo procedimiento funcione como una plataforma de identificación entre los participantes y así reducir las posibilidades de comunicación entre ellos y la colusión*⁵⁵.

Asimismo, en una opinión emitida a unas bases de licitación para la adquisición de contratos a largo plazo para el suministro de energía eléctrica, a solicitud de SIGET, la SC manifestó *que el diseño de éstos debe evitar (...) el excesivo intercambio de información (...)*⁵⁶.

⁵⁵ Resolución SC-032-OP/PN/R-2010, Opinión a SIGET, Resolución de fecha 24 de agosto de 2010.

⁵⁶ SC-039-OP/LP/R-2010, Opinión CAESS-SIGET, Resolución de fecha 7 de diciembre de 2010.

4.11 PROCEDIMIENTOS ANÁLOGOS

Dentro de cada una de las regulaciones de las distintas entidades públicas pueden existir normativas que hayan nacido a la vida jurídica, previo a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y que aun sigan vigentes, debiendo ser aplicadas con los principios establecidos en la referida ley para así promover la competencia en sus procedimientos de contratación.

Por ejemplo en el caso de la Ley del Fondo de Inversión Nacional en Electricidad y Telefonía (LFINET), se establece que en el caso de subsidios, construcción y mejoramiento de infraestructura, el fondo adjudicará los recursos por medio de subasta.

En una solicitud de opinión recibida por esta Superintendencia en nota remitida por la Asociación de Ingenieros Electricistas Salvadoreña (AIES), respecto a la exclusión en los procesos de adquisición y contratación relativos a proyectos de Infraestructura eléctrica rural en el marco del desarrollo del programa FOMILENIO, respecto a este punto se pronunció, diciendo que *es importante resaltar, que si bien la LFINET, establece disposiciones que regulen la forma en que se debe de realizar la subasta, el hecho de que la normativa sea previa a la LACAP, supone que las disposiciones deben de interpretarse a la luz de las previsiones contenidas en la LACAP*⁵⁷.

⁵⁷ SC-017-OP/LP/NR-2010, Opinión FOMILENIO. Resolución de fecha 26 de enero de 2010.

CONCLUSIONES

Los gastos en que incurre el gobierno para la adquisición de obras, bienes y servicios son financiados en su gran mayoría por fondos que se obtienen de los contribuyentes a través de los impuestos, debiendo por tanto velarse por su correcta asignación y distribución.

Si bien las formas de contratación establecidas por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, están regidas por principios que promueven la competencia, muchas veces el diseño y la ejecución de los mismos pueden incluir aspectos que constituyan barreras de entrada que limiten innecesariamente la participación de un mayor número de agentes económicos.

La Superintendencia de Competencia a través de la detección y prevención de las ofertas colusorias en las compras públicas, busca promover la competencia en los procesos de compras gubernamentales a fin de obtener precios bajos y mejor calidad de productos o servicios que conlleve paralelamente un ahorro de los recursos del Estado.

A lo largo del examen de casos, opiniones, consultas y estudios, la Superintendencia de Competencia ha generado diferentes pronunciamientos relacionados con este tipo de procesos, debiendo ser retomados por la Administración Pública para evitar procesos de licitación que puedan ser restrictivos a la competencia, y asegurar ofertas eficientes que al ser seleccionadas, contribuyan a la correcta distribución de recursos estatales y una efectiva prestación de servicios públicos que beneficiarán a la sociedad salvadoreña.

Por tanto, es necesario promover la participación activa del mayor número posible de agentes económicos con la finalidad de reducir los riesgos de acuerdos colusorios y evitar el cometimiento de prácticas anticompetitivas, velando así por la correcta aplicación, tanto de la LACAP como de la Ley de Competencia, conjuntamente con los pronunciamientos hechos por la Superintendencia sobre la correcta utilización del procedimiento, la exclusividad y la prórroga de la misma, la participación de sociedades vinculadas, los socios, los requisitos mínimos que deben contener las bases de licitación, los plazos para su retiro, la evaluación de ofertas, los requisitos y garantías, el intercambio de información, uso de importaciones paralelas en sectores específicos, entre otros.

Para ello, se persigue crear conciencia a través de la capacitación profesional, especialmente en aquellos funcionarios encargados de los procesos de adquisiciones, con el fin de prevenir y combatir las colusiones e identificar situaciones que pueden dar la pauta de posibles acuerdos entre competidores.

Esto es acorde con programas efectuados en muchos países alrededor del mundo, como por ejemplo Chile, Brasil, Canadá y Corea quienes combaten este tipo de prácticas, por considerarse extremadamente dañinas a la competencia, motivo por el cual la Superintendencia realiza periódicamente presentaciones a las instituciones públicas, que permitan tener un acercamiento entre instituciones, a la vez dentro de sus planes laborales cuenta con la realización de grupos de trabajo en los cuales se logre discutir con detalle, las formas en que pueden presentar las ofertas colusorias y como detectarlas.

Asimismo como parte de las actividades de investigación se efectúa un monitoreo permanente a través de un control de los procesos de compras gubernamentales, como una forma de detectar las posibles conductas colusorias.

En este manual se brinda la información sobre cómo abordar situaciones que den señales de acuerdos colusorios en los procesos de compras públicas, así como los diferentes pronunciamientos para que sean tomados en cuenta al momento del desarrollo de los diferentes procesos de compras públicas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Araya, F. (2006). Problemas de colusión entre oferentes en licitaciones: estrategias de prevención y detección. División de Estudios. Fiscalía Nacional Económica de Chile.
2. Connecticut. (2006). Price fixing & bid rigging--it can happen in Connecticut what are these violations and what to look for: an antitrust primer for procurement professionals. [Hartford], State of Connecticut, Attorney General. (<http://www.ct.gov/ag/lib/ag/pricefixingbidriggingmc.pdf>). Consultada el día 11 de febrero de 2009.
3. Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ). (2004). Price Fixing and Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look for.
4. Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE). (2008). Conductas anticompetitivas en licitaciones públicas. Nota de apoyo.
5. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). (2008). "Fighting Cartels in Public Procurement". OECD Policy Brief. Octubre.
6. OCDE. (2007). "Policy Roundtables. Public Procurement". OECD Competition Law and Policy. DAF/COMP (2007)34.
7. OCDE. (www.oecd.org/competition/cartels) Consultada el día 11 de febrero de 2009.
8. Ley de Contrataciones y Adquisiciones de la Administración Pública (2011).



9. Ley de Competencia (2007)
10. Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Ministerio de Hacienda (2010) Preguntas y respuestas frecuentes, LACAP,
11. Comisión Nacional de Competencia, España (2011) Guía sobre Contratación Pública y Competencia,
12. Junta de Andalucía, España (2010) Recomendaciones para Facilitar el Acceso y Promover la Competencia en el Ámbito de la Contratación Pública de Andaluza.
13. Organización Mundial de Comercio, Suiza, Glosario de Términos.
14. 3D - Trade – Human Rights – Equitable Economy (2004) La aplicación de la convención sobre los derechos del niño en El Salvador: la repercusión de los acuerdos comerciales internacionales por los que se rigen los derechos de propiedad intelectual en el acceso a los medicamentos y el respeto de los derechos del niño.
15. UNCTAD (2008) La Política de la Competencia y el Ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual.
16. Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Perú (2005) Manual de Contratación Pública de Ejecución de Obras.

17. Secretaria Técnica de la Presidencia de El Salvador (2010), Plan Quinquenal de Desarrollo 2010-2014.
18. Gobierno de El Salvador, Presupuesto de la Nación 2009.
19. Gobierno de El Salvador, Presupuesto de la Nación 2010.



SUPERINTENDENCIA
DE COMPETENCIA



SUPERINTENDENCIA
DE COMPETENCIA



SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA
El Salvador, C.A.

www.sc.gob.sv