

Revista de Derecho Público

No. 4

**Asociación Costarricense de
Derecho Administrativo**

**Julio-Diciembre
2006**



EDITORIAL JURÍDICA CONTINENTAL

Consejo Editorial

María Lourdes ECHANDI GURDIÁN
Óscar GONZÁLEZ CAMACHO
Ronald HIDALGO CUADRA
Manrique JIMÉNEZ MEZA
Ernesto JINESTA LOBO
Aldo MILANO SÁNCHEZ

Director

Aldo MILANO SÁNCHEZ

La Asociación Costarricense de Derecho Administrativo no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista.

La Revista de Derecho Público, está abierta al debate y admite, por lo tanto, variedad de ideas y enfoques. Envíe sus estudios, crónicas o reseñas al correo revista@ascoda.org. Se recomienda ajustarse a nuestra guía para autores antes de enviar sus contribuciones.

Suscripciones, venta directa y pedidos



Editorial Jurídica Continental
Tel. (506) 255-1921

Impreso por



Zeta Servicios Gráficos S. A.
Tel. (506)256-4895
jazcon@racsa.co.cr

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LIBRE COMPETENCIA

MARIA LOURDES ECHANDI GURDIAN
DOCTORA EN DERECHO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN . I.- CONDUCTAS DE SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA 1.- Actos normativos restrictivos de la libre competencia 2.- Conductas administrativas restrictivas de la libre competencia II.- ACTOS DE LOS OFERENTES RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA 1.- Licitaciones concertadas por ofertas idénticas 2.- Licitaciones concertadas por ofertas de turno.

INTRODUCCIÓN

Al igual que en el caso del mercado privado, en la contratación administrativa debe velarse por el respeto del Principio de libre competencia.

No en vano, la legislación de la materia enuncia como uno de los principios que informan esa actividad, el de libre competencia, según se dispone en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa, disposición reglamentada por el artículo 2 del reciente Reglamento a la citada ley, que define ese principio de este modo:

“Se debe garantizar la posibilidad de competencia entre los oferentes. No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes”

El enfoque tradicional en este tema, se ha reducido al control de legalidad de disposiciones cartelarias que introduzcan obstáculos a la libre competencia, para lo cual se acude al recurso de objeción al cartel.

De hecho, si bien ese recurso administrativo en realidad está previsto como remedio ante quebrantos a cualquiera de los principios que rigen la contratación administrativa, lo cierto es que, primordialmente, se ha visto como un instrumen-

to para *“remover cualquier obstáculo injustificado o arbitrario a la participación de eventuales proveedores, así como evitar que se confieran ventajas a un eventual oferente en perjuicio de otros (principios de libre competencia e igualdad de trato, consagrados en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa)”*¹.

El objetivo de este estudio, sin embargo, no es centrar la atención en ese ámbito, sino más bien, en otras manifestaciones del Principio de competencia en la contratación administrativa, usualmente inexploradas.

Estimo de interés, más bien, puntualizar dos distintas dimensiones en que conductas del Estado o bien de los oferentes, podrían relacionarse con quebrantos del Principio de libre competencia.

Se trata, por un lado, de los quebrantos ocasionados por el propio Estado mediante disposiciones normativas restrictivas de la competencia o bien producto de conductas activas u omisivas lesivas de esta norma no escrita del Derecho de la Constitución (I).

Por otra parte, es preciso hacer referencia a los quebrantos que pueden ocasionar acuerdos restrictivos de la competencia entre oferentes competidores, en el contexto de los procedimientos de contratación administrativa (II).

¹ Contraloría General de la República, resolución R-DAGJ-006-2000 de las once horas del siete de enero de 2000.

I.- CONDUCTAS DE SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO, RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Dos pueden ser las conductas de sujetos de Derecho público, restrictivas de la libre competencia: los actos normativos (1) y los actos concretos u omisiones (2).

1.- Actos normativos restrictivos de la libre competencia

Contrario a lo que usualmente se cree, el Principio de competencia vincula no sólo a los sujetos de Derecho privado, sino además a todos los poderes públicos.

De este modo, tanto los tratados internacionales, como las normas legales, así como los actos y contratos administrativos, han de ajustarse a la regla que cabe inferir de ese Principio, es decir: lo constitucionalmente permitido, es competir.

Esto ha dado lugar a que se afirme con razón, que el Principio de libertad de competencia, vincula los actos del legislador ordinario, del juez, de las autoridades públicas y de los sujetos económicos participantes en el mercado².

Por ahora, interesa examinar el modo en que el Principio vincula a los Poderes del Estado, en particular, con respecto a la contratación administrativa.

Una muestra de la fuerte vinculación del Principio, puede extraerse de lo resuelto por la Sala Constitucional, a propósito de los términos en que dos convenios internacionales regulaban procedimientos de contratación administrativa.

El primer caso fue resuelto mediante la Res. No. 1559-93 de las 14:57 horas del 30 de marzo de 1993, en la cual, la Sala examinó un Convenio de Préstamo aprobado mediante ley No. 7096 de 27 de junio de 1988.

En ese caso, la Sala encontró que una de las cláusulas del convenio, significaba "...colateralmente, una limitación irrazonable a la libertad de empresa (artículo 46 constitucional), puesto que se dificultará o hará imposible para empresas

costarricenses, participar en la licitación que se viene comentando".

El segundo caso se refiere a una consulta de constitucionalidad referida al Convenio de Crédito Oficial del Reino de España y la Caja Costarricense del Seguro Social.

La consulta fue finalmente resuelta mediante la Res. No. 3375-97, de las 16:03 horas del 18 de junio de 1997, en la cual se debió acudir al mecanismo de la interpretación conforme al Derecho de la Constitución, para eludir la inconstitucionalidad de una disposición del convenio sometido a consulta.

En concreto, se dijo en la resolución, lo siguiente:

"se resuelve que no es contraria al Derecho de la Constitución, siempre que se aplique exclusivamente a bienes y/o servicios de importación, de manera que los bienes o servicios de origen costarricense puedan participar en los concursos respectivos, y en su caso, ser adjudicados en condiciones de igualdad con los de origen español, aunque no puedan financiarse con los fondos empréstados, y así debe advertirse en la ley de aprobación."

Para la Sala:

"...la imposición de una determinada procedencia -en este caso, bienes y servicios españoles- para los productos que se importen con los fondos provenientes de un empréstito, resulta legítimo y no es inconstitucional, siempre y cuando no se excluya a empresas nacionales que pudiesen proveer servicios y productos equivalentes originados en el país. (...) Se evacua la consulta formulada en el sentido de que el artículo 5 del proyecto de ley consultado no es inconstitucional, dado que en el concepto de «legislación común» no está incluido el Derecho de la Constitución; de que la cláusula 2.3 del «Convenio de Financiación entre la Caja Costarricense de Seguro Social y el Banco Bilbao Vizcaya S.A.» no es contraria al Derecho de la Constitución, siempre que se aplique exclusivamente a bienes y/o servicios de importación, de manera

² Véase VICIANO PASTOR, Javier, Libre competencia e intervención pública en la economía. Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal... pág. 208 Vid. DELVOLLE, Pierre, Droit Public de l'Economie, ..., págs.115 y 116.

que los bienes o servicios de origen costarricense puedan participar en los concursos respectivos, y en su caso, ser adjudicados en condiciones de igualdad con los de origen español, aun que no puedan financiarse con los fondos empréstitados, y así debe advertirse en la ley de aprobación.”

En el Derecho comparado, es posible encontrar evidencias análogas, esta vez, relativas a disposiciones legales.

Es el caso de lo resuelto por el Consejo Constitucional francés, el cual decidió anular el párrafo 7 del artículo 3 del Code des Marchés Publics, por estimar que era contraria a las disposiciones de la directiva comunitaria No. 92/50/CEE, que somete los procedimientos de contratación administrativa a reglas de transparencia y de libre competencia. Se dijo en ese fallo, lo siguiente:

“Sur les conclusions dirigés contre le 7 de l’article 3 du code des marchés publics: Considérant que la directive no. 92/50/CEE susvisées soumet la passation des marchés publics de services à des règles de transparence et de mise en concurrence; que si le ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie soutient que les contrats de mandat qui ont pour objet exclusif de confier au mandataire mission de représenter une personne publique mandante n’entrent pas dans le champ d’application des annexes I A et I B de cette directive, el 7 de l’article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette dernière, soustraire de façon générale et absolue tous les contrats de mandat à l’application des dispositions du code des marchés public prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive, y compris ceux qui, conclus à titre onéreux, sont passés en vue de la réalisation de prestations d’autres services; que, dès lors, l’ Union nationale des services publics industriels et commerciaux, la Fédération nationale des activités de déchet et de l’environnement, le syndicat national des concessionnaires de parcs publics de stationnement, le syndicat national des activités du déchet, la chambre syndicale nationale des fabricants de matériel de nettoyage, de collecte et de traitement des déchets sont fondés à demander l’annulation du 7 de l’article 3”.

En términos análogos se pronunció la Sala Constitucional en la Res. No.998-98, de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, en el cual, como se sabe, se declaran parcialmente con lugar y se anulan por inconstitucionales varios artículos de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de 2 de mayo de 1995, y varios artículos del Reglamento General de la Contratación Administrativa, número 25038-H de 7 de marzo de 1996.

En lo que acá interesa, la Sala estimó en ese fallo, lo siguiente:

“debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: 1.- de la libre concurrencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece”

En idéntico sentido, se han producido múltiples pronunciamientos, dentro de los cuales se encuentran las resoluciones No.4547-00, a las 15:45 horas del 31 de mayo del 2000, No.8195-00, de las 15:07 horas del 13 de setiembre del 2000 y la No.3816-02 a las 14:53 horas del 24 de abril del 2002.

En lo que a normas infralegales se refiere, es preciso hacer referencia a lo decidido por el Consejo de Estado francés, el cual dispuso la anulación de un decreto ejecutivo, al considerar que presentaba el vicio de exceso de poder, en el tanto restringía la libre competencia. La norma considerada ilegal por el Consejo, atribuía a un único proveedor de servicios, la posibilidad de prestar servicios a una entidad pública competente en el campo de pensiones complementarias.

El Consejo de Estado Francés resolvió en esa oportunidad, en estos términos:

*“Considérant qu'en l'espèce, constitue un abus au sens de l'article 86 le fait de réserver à l'organisme gestionnaire du régime d'assurance vieillesse de base des personnes non salariées des professions agricoles l'exclusivité de la gestion du régime complémentaire de retraite bénéficiant seul en vertu du III de l'article 42 de la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 de la déductibilité du revenu professionnel imposable des cotisations versées, conduisant ainsi à fausser la concurrence; que l'exclusion ou la restriction de la concurrence sur le marché des produits de retraite complémentaire des chefs d'exploitation et d'entreprise agricoles ne peut être regardée comme justifiée par l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à la caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole.”*³

Para la doctrina francesa, dicho pronunciamiento deja en evidencia *“la inserción del Principio de competencia en el bloque de legalidad que utiliza el juez administrativo para controlar a la administración”*⁴.

También la Sala Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una disposición normativa restrictiva de la participación de interesados en licitaciones públicas.

Se trata de la Res. No. 8195-00, de las 15:07 horas del 13 de setiembre del 2000, en la cual se declara parcialmente con lugar, una acción de inconstitucionalidad planteada en contra de una norma del Reglamento de Contratación de Servicios de Instrucción Técnica del Instituto Nacional de Aprendizaje.

En el fallo se declaró inconstitucional, la frase *«con empresas de personas jurídicas»* contenida en el artículo 1 del *«Reglamento de Contratación de Servicios de Instrucción Técnica del Instituto Nacional de Aprendizaje»* por ser contraria a los artículos 33, 45, 46, 56 y 182 de la Constitución Política, por los siguientes motivos: *“Por infringir los principios constitucionales que*

rigen la actividad contractual del Estado, especialmente los de libre competencia e igualdad de trato- desarrollados por este Tribunal en la sentencia parcialmente transcrita supra-, la imposición de condiciones que restrinjan el acceso a la contratación resulta inconstitucional.”

Como puede verse, no hay duda de que el Principio de competencia, supone un acotamiento de la actividad de los poderes públicos. El Principio representa, en ese sentido, un límite en su actuación, que impide la introducción de disposiciones normativas de cualquier rango, limitativas de la libre competencia en los procedimientos de selección de contratistas por parte de las administraciones públicas.

Todo lo dicho permite señalar, con ALONSO SOTO, que *“...las Administraciones Públicas no podrán adoptar medidas legislativas o reglamentarias que generen restricciones de la competencia no justificadas en función de otros intereses generales o que obliguen o permitan a los operadores económicos la realización de prácticas anticompetitivas”*⁵.

El Principio es entonces, como se ha visto, tanto de un parámetro de legalidad como de constitucionalidad de la actividad normativa de los poderes públicos.

2.- Conductas administrativas restrictivas de la libre competencia

Como lo entiende DU MARAIS⁶, el Principio de competencia abarca en su campo de aplicación *ratione materiae*, *“todas las categorías de actos en todos los dominios de la vida administrativa”*.

Si bien para GONZÁLEZ-VARAS, *“el Derecho de la competencia no puede pretender erigirse en un sistema nuclear de control de la contratación administrativa, a diferencia de lo que han llegado a pretender voces autorizadas en el De-*

³ Conseil d'Etat statuant au contentieux N° 122644, du 8 de novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 26 novembre 1990 relatif au régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse des personnes non salariées des professions agricoles.

⁴ DU MARAIS, Bertrand, Droit Public de la Régulation Economique, ..., pág. 176. traducción libre.

⁵ ALONSO SOTO, Ricardo, El Interés Público en la Defensa de la Competencia..., pág. 40.

⁶ DU MARAIS, Bertrand, Droit Public de la Régulation Economique, ..., pág. 153. Traducción libre.

*recho comparado (Derecho alemán)*⁷, es lo cierto que al menos en el medio costarricense, la libre concurrencia se manifiesta como uno de los ejes del sistema.

Ese es el balance que resulta del examen de la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, según la cual, queda prohibida desde la propia Constitución, toda posibilidad de restringir la participación de interesados en procedimientos de compras públicas, por estimarse que ello quebranta el Principio de libre competencia.

Así se ha pronunciado ese Tribunal, entre otras, en las resoluciones No. 1490-92, de las 16:09 horas del 3 de junio de 1992⁸; No.2633-93 de las 16:03 horas del 9 de junio de 1993⁹; No.7321-97, de las 14:54 horas del día 31 de octubre de 1997¹⁰ No.5701-98, de las 9:03 horas del 7 de agosto de 1998¹¹ y No.4547-00, de las 15:45 horas del 31 de mayo del 2000.

De igual forma, en la vía de amparo, la Sala Constitucional ha decidido en diversas ocasiones,

⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos...", pág. 262.

⁸ En recursos de amparo acumulados establecidos por agencias de servicios de carga aérea, se declararon con lugar y se ordenó sacar a licitación pública, y adjudicar la prestación del servicio aduanero de carga y descarga en las instalaciones aduaneras del Aeropuerto Juan Santamaría, con fundamento en que: «(...) si el recurrido no siguió este procedimiento, se infringió no sólo el artículo 182 constitucional, que preceptúa la licitación como instrumento de contratación del Estado, sino además, el principio de igualdad, en su connotación específica de igualdad de trato para los interesados y potenciales concursantes, limitándose además, indebidamente, la libertad de contratar (derivada de la de comercio), dispuesta por la Carta Política en su norma 46, y con todo ello, al no sujetarse a los procedimientos jurídicos aplicables, violó, también, el principio de legalidad.»

⁹ Se declara parcialmente con lugar el recurso de amparo y se ordena a la Comisión Técnica de Transportes contratar, por medio de los procedimientos de licitación pública, las líneas de transporte remunerado de personas que actualmente explotan mediante simples permisos, con fundamento en que «En relación con los particulares el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de «publicidad» que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y el procedimiento de licitación definido por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos», se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforme el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera contratar con la Administración (véase el artículo 182 de la Constitución Política «[...] de los principios de la más amplia participación de los administrados y de la búsqueda de las mejores condiciones para la Administración, propicia y provoca, de hecho, la creación de monopolios de carácter privado, lo que el Estado está llamado a evitar. Y precisamente el camino para hacerlo, es permitiendo, como se indicó, la mayor participación posible de los particulares interesados, en condiciones de absoluta igualdad, en un procedimiento amplio y cristalino de contratación administrativa.»

¹⁰ Se declaró con lugar recurso de amparo al estimar la Sala que "Se quebranta no solo el artículo 33 de la Constitución Política, sino que también el artículo 46 y el artículo 50 párrafo primero de ese mismo cuerpo normativo. Los rebajos arancelarios otorgados por la Comisión recurrida a ciertos importadores, que no está contradicho, más bien son productores, no solo deben reflejarse en los precios finales al consumidor, sino que también, deben darse luego de ser divulgada la situación del desabastecimiento del arroz, para que cualquier interesado pueda tener oportunidad de participar. (...)no medió en forma alguna una publicación del desabastecimiento a los diferentes interesados como puede interpretarse analógicamente de los artículos 239 y 240 de la Ley General de la Administración Pública, lo que limitó la participación igualitaria de todos los interesados, y lesionó no solo lo dispuesto por el artículo 50 párrafo primero de la Constitución, sino que también el artículo 46 de la Carta Magna".

¹¹ Se declara con lugar el recurso y se ordena al Consejo Nacional de Producción a que defina y comunique al recurrente el tipo de procedimiento de contratación administrativa a seguir en la elección de la empresa que brinde el servicio de transporte de búnker a tal ente, con fundamento en que "debe recordarse el principio general contenido en el artículo 182 de la Constitución Política (ver acta número 164, página número 447 tomo III de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949) según el cual, toda contratación que

declarar la inconstitucionalidad de actos concretos de administraciones públicas, mediante los cuales se ha elegido proveedores, prescindiéndose de un previo procedimiento de selección en libre competencia.

Así se resolvió, por ejemplo, en la Res. No. 4018-95 de las 18:33 horas del 19 de julio de 1995.

En este caso se declaró con lugar el recurso de amparo planteado y se ordenó al Instituto Nacional de Seguros sacar a concurso la prestación de servicios de avalúos y reparaciones de los vehículos asegurados, con fundamento en que esa entidad pública, *“mediante un acto unilateral, prescindiendo del mecanismo concursal que permita, sobre la base de una mayor igualdad, una selección fundada en motivos objetivos, decidió que únicamente los talleres afiliados a las asociaciones ATEP, ACOTEPA Y ANSEA, participaran en el nuevo sistema de valoración y reparación de los daños ocasionados a vehículos asegurados. Así las cosas, independientemente de que no se requiera tramitar el procedimiento licitatorio, hasta tanto la Administración no decida contratar con los talleres, y que todos los talleres puedan participar en los otros sistemas que mantiene el INS para la valoración y reparación de vehículos asegurados, lo cierto es que el Instituto coloca a los talleres que participan en las alianzas en una situación más ventajosa, al convertirlos en la única opción dentro de ese mecanismo que actualmente se promociona con el objeto de corregir los problemas financieros que aquejan al seguro de automóviles..”*

También es el caso de lo resuelto en la Res. No. 7322-97 de las 14:57 horas del 31 de octubre de 1997, en el cual se declaró con lugar el recurso de amparo y se ordenó que a futuro la entidad recurrida debía publicar el desabastecimiento de productos de consumo nacional, tal y como lo impone la libre concurrencia, *“...para que cualquier interesado pueda tener oportunidad de participar”*.

En el medio europeo, idéntica postura se sostuvo en la Sentencia No. C-24/01-P de 7 de noviembre de 2002 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En esa decisión se desestimaron los recursos de casación interpuestos contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2000, que desestimó a su vez, los recursos planteados en contra de la anulación de la decisión de la Comisión de 1 de abril de 1993, por la que se negaba, por no haber mediado competencia, la aprobación de los apéndices a los contratos que habían celebrado los recurrentes con Exportkhele.

Se señala al conocer el recurso, que en lo que respecta: *“a la obligación de que compitan al menos tres empresas para garantizar el respeto del requisito relativo a la libre competencia, basta recordar que tal requisito aparece expresamente mencionado en el artículo 5, apartado 1, del Reglamento n. 1897/92, disposición en cuyos términos «[los] contratos deben haber sido adjudicados según un procedimiento que garantice la libre competencia. Para ello, las organizaciones compradoras de las Repúblicas, al seleccionar las empresas proveedoras dentro de la Comunidad, tratarán de obtener al menos tres ofertas de empresas independientes entre sí y, al seleccionar las empresas proveedoras en los Países Proveedores no comunitarios, tratarán de obtener al menos tres ofertas de empresas independientes entre sí [...]» 58. Pues bien, en el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia apreció soberanamente, en el apartado 68 de la sentencia recurrida, que «[los] apéndices a los contratos celebrados con las diferentes empresas comunitarias constituyen, unos con respecto a otros, contratos específicos, cada uno de los cuales debe ser objeto de una autorización por parte de la Comisión». De ello se deduce que el Tribunal de Primera Instancia llegó acertadamente a la conclusión de que se debían tratar de obtener tres ofertas independientes para cada uno de los contra-*

celebre el Estado, tiene que tramitarse por medio del procedimiento de licitación. Lo anterior significa que si bien en determinados casos el Estado está facultado para recurrir a la contratación directa -por ejemplo con respecto a la actividad ordinaria del ente dentro de los montos de ley-, lo cierto es que el procedimiento normal de la contratación administrativa es la licitación. A través de ésta se posibilita una mejor prestación del servicio licitado, por la elección del oferente con mayores ventajas para la Administración, en medio de un procedimiento caracterizado por la más amplia garantía de libre concurrencia en absoluta igualdad de condiciones, que evite tratos preferenciales e injustos.”

tos. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia observó, en el apartado 74 de la sentencia recurrida, que no había sido así. 59. Por consiguiente, procede desestimar por infundada la primera parte del segundo motivo.”

La sujeción al Principio de competencia de los todos los poderes públicos es, entonces, indudable, de modo tal que se produce por su medio, también, un límite en la adopción de actos concretos de las administraciones públicas.

De hecho, es claro que los actos administrativos que obstaculicen la libre competencia en los procedimientos de contratación administrativa, sin que otros intereses generales de restrictiva interpretación lo justifiquen, vulneran el ordenamiento jurídico, permitiendo su anulación, tanto por razones de constitucionalidad, como de legalidad.

Esa posibilidad queda abierta, en tanto el carácter de Principio que se atribuye a la competencia, hace que integre, de lleno, el bloque de constitucionalidad y de legalidad a que están sujetos los poderes públicos, de modo tal que el acto normativo o concreto que implique, por su contenido, efectos o fin, un quebranto a la competencia, adolecerá de un vicio de nulidad absoluta.

Es claro que a ese vinculación no escapan los pliegos de condiciones que definen las administraciones públicas al dar inicio a los procedimientos de selección de contratistas.

De hecho, en ese sentido, interesa aludir a los términos del Manual de Buenas Prácticas en Contratación Administrativa, aprobado mediante el artículo quinto de la Sesión Ordinaria No. 22-2005 celebrada el 19 de julio de 2005 por parte de la Comisión para Promover la Competencia¹².

Entre otros temas, el Manual incluye unos “Criterios en la elaboración del cartel de licitación”, dentro de los cuales resaltan “evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten el libre acceso e imposibiliten la introducción de una verdadera

competencia. Es decir, se deben evitar condiciones que operen como barreras de entrada tanto para agentes económicos nacionales, como para extranjeros, que eviten la competencia dentro del concurso entre agentes legitimados para participar”.

Queda de este modo en evidencia, que la eficacia del Principio de Competencia en materia de contratación administrativa, va mucho más allá del simple examen de los pliegos de condiciones, mediante el recurso de objeción al cartel.

Los alcances del Principio son, como se ha visto, mucho más amplios y se desplazan de modo transversal a lo largo y ancho de la pirámide normativa, en tanto se trata de una norma no escrita del Derecho de la Constitución, que por ello adquiere el carácter de parámetro de constitucionalidad y legalidad, con capacidad de vincular en su actividad a todos los poderes públicos.

II.- ACTOS DE LOS OFERENTES RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que al ámbito subjetivo del Derecho de la competencia se refiere, se estima que las reglas resultan aplicables “a todos los agentes u operadores económicos, es decir, a todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado con posibilidad de incidir en el mismo”.

Esto involucra, entonces a los sujetos de Derecho privado, que deben respetar el Principio de Competencia en el mercado.

Al hacerse referencia a las denominadas prácticas restrictivas de la competencia¹³, la doctrina incluye una variada modalidad de acuerdos entre agentes económicos¹⁴.

Dentro de esa gama de prácticas restrictivas, resaltan, en lo que interesa a este estudio, las

¹² Véase el texto íntegro del Manual en este mismo número, Sección Documentos.

¹³ El concepto de prácticas restrictivas de la competencia “Se refiere a un amplio abanico de prácticas comerciales a las que pueden dedicarse una empresa o un grupo de empresas y que tienen como objeto restringir la competencia entre estas empresas, mantener o mejorar su posición relativa en el mercado y sus beneficios, sin que resulte necesariamente de ello una baja de los precios o una mejora de calidad para los bienes y servicios proporcionados.” CENTRO PARA LA COOPERACION CON LAS ECONOMIAS EUROPEAS EN TRANSICIÓN, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1995, pág. 72.

¹⁴ “Se caracterizan así los acuerdos expresos o tácitos concluidos en su mutuo interés por dos empresas normalmente competidoras. Los acuerdos con objeto de restringir la competencia pueden referirse a los

llamadas presentaciones concertadas o licitaciones colusorias, las cuales son *“una forma particular de fijación concertada de los precios, mediante la cual las empresas coordinan sus presentaciones para los mercados públicos y los contratos de suministros”*¹⁵.

En la legislación comparada, es común la tipificación de ese tipo de conductas, como práctica restrictiva de la competencia.

Tal es el caso, por ejemplo de la legislación antitrust de Costa Rica¹⁶, México¹⁷, Panamá¹⁸, Perú¹⁹ y Argentina²⁰.

Indistintamente de esa específica regulación, se ha estimado que conductas de esa naturaleza, también pueden ser objeto de sanción, con

base en la prohibición genérica de fijación de precios o de otras condiciones comerciales que de modo típico se incluye en la práctica totalidad de legislaciones antimonopolio, como sucede, por ejemplo, en España²¹.

Cabe identificar dos tipos de licitaciones concertadas. La primera se refiere a los casos en que las empresas acuerdan presentar ofertas idénticas (1), mientras que la segunda se refiere a los casos en que las empresas oferentes acuerdan que una de ellas presentará la oferta más baja, de tal manera que cada integrante del cartel, obtenga por turno un cierto número o un cierto volumen de mercado fijado de común acuerdo (2).

precios, la producción, los mercados y la clientela. Se asimilan a menudo a ‘ententes’ (cárteles) o a actos de colusión y constituyen, en la mayoría de los países, una infracción del derecho de la competencia, puesto que tienen como efecto aumentar los precios, limitar la producción y van acompañados de otras consecuencias perjudiciales desde el punto de vista económico.” CENTRO PARA LA COOPERACION CON LAS ECONOMIAS EUROPEAS EN TRANSICION, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, ..., pp. 11 y 12. Véase Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, Ginebra, Naciones Unidas, 2000, p.14

¹⁵ OCDE, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, coedición OCDE y ediciones Mundi Prensa, 1995, p.78. En igual sentido véase PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Madrid, Civitas, 1era. Ed. 2002, p.255.

¹⁶ Costa Rica

“Artículo 11. (...)

d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.”

¹⁷ México

“Artículo 9.- (...)

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.”

¹⁸ Panamá

“Artículo 11. (...)

4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas.”

¹⁹ Perú

«Artículo 6.- (...)

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.”

²⁰ Argentina

“Artículo 2.- (...)

d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos”

²¹ España

“1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”

1.- Licitaciones concertadas por ofertas idénticas

En las licitaciones concertadas, “las empresas se ponen de acuerdo para presentar ofertas idénticas, eliminando así cualquier competencia a través de los precios”²²

De modo ilustrativo, interesa citar dos casos conocidos en el medio español, en donde se tuvo por probado que diversas empresas incurrieron en esa práctica anticompetitiva.

El primer caso, fue iniciado de oficio por el Tribunal de Defensa de la Competencia contra Sanofi-Winthrop S.A., Laboratorios Leti S.A., Instituto Berna de España S.A., Evans Medical de España S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Laboratorios Nezel S.A. e Instituto Llorente S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a las Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud.

En esa ocasión, el Tribunal resolvió:

“Primero.- Declarar que en el presente expediente resultan acreditadas las siguientes conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud:

- a) *En el concurso 2028/92 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Instituto Berna de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. e Instituto Llorente S.A. concertaron el precio de 400 ptas. por dosis.*
- b) *En el concurso 2034/93 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. (antes Evans Biológicos S.A. y antes Llorente Evans S.A.) concertaron el precio de licitación de 389 ptas. por dosis.*
- c) *En el concurso 2011/94 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A. Instituto Berna*

de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. concertaron la presentación al concurso al precio de 389 ptas. por dosis.

d) *En el concurso 12010/95 Rhône Poulenc-Rorer S.A., Instituto Berna de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. concertaron el precio de 462,7 ptas. por dosis.*

Segundo.- Imponer las siguientes multas:

- a) *A Laboratorios Nezel S.A una multa de 37.050.000 ptas.*
- b) *A Rhône Poulenc-Rorer una multa de 14.400.000 ptas.*
- c) *A Instituto Berna de España una multa de 18.375.000 ptas*
- d) *A Laboratorios Leti una multa de 26.800.000 ptas.*
- e) *A Instituto Llorente una multa de 1.050.000 ptas.*
- f) *A Evans Medical España una multa de 10.500.000 ptas.*

Tercero.- Intimar a los condenados a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y a que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo.

Cuarto.- Ordenar a los condenados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos periódicos de máxima circulación, uno de ellos de ámbito nacional y el otro de Sevilla.”²³

El segundo caso, iniciado por denuncia del INSALUD de Burgos contra la Asociación de Ortopédicos de Castilla-León y diversos empresarios del sector, se relaciona con acuerdos de concurrir de manera conjunta y con los mismos precios y condiciones, a un concurso para la adquisición de material ortopédico, convocado en régimen de concurrencia de ofertas.

Para el Tribunal de la Competencia español:

“Se trata de una decisión adoptada por una asociación de operadores económicos de un sector (FEDOP) que persigue la aplicación uniforme de precios en todo el país, evitando con ello la exis-

²² OCDE, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, coedición OCDE y ediciones Mundi Prensa, 1995, p.78. El subrayado no es del original. En igual sentido véase PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Madrid, Civitas, 1era. Ed. 2002, p.255.

²³ Tribunal de Defensa de la Competencia, Expte. 395/97, Vacunas Antigripales.

tencia de competencia. Dicha conducta puede encuadrarse perfectamente entre las decisiones o recomendaciones colectivas que tienen por objeto y producen el efecto de restringir la competencia en todo el territorio nacional, prohibidas por el artículo 1. 1. a) de la Ley de Defensa de la Competencia."

De ahí que se resolvió:

"Primero Declarar que en el presente expediente se ha acreditado que la Federación Española de Ortesisistas y Protésistas (FEDOP), al mantener en vigor durante los años 1990 y 1991 el documento «Nomenclatura y Lista de precios», ha incurrido en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en la puesta en práctica de una recomendación colectiva de precios que produce sus efectos en todo el territorio nacional." Intimar a su autor al cese de la misma, bajo apercibimiento de que su incumplimiento será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia. Imponer a FEDOP una multa de UN MILLON de pesetas.

Segundo "Declarar que en el presente expediente se ha acreditado que la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León ha realizado una práctica restrictiva de la competencia, consistente en la adopción de una decisión para acudir conjuntamente y con un precio unitario al concurso de concurrencia de ofertas para la confección de corsés ortopédicos, convocado por la Delegación Provincial del INSALUD de Burgos, a fin de eliminar la competencia en el acceso, determinar los precios a pagar por el INSALUD y proceder a un posterior reparto del mercado."

Imponer a la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León una multa de UN MILLON de pesetas.

Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia consistente en la adopción de un acuerdo entre las empresas INVER-

LID, S.A., Ortopedia CALZADA, Ortopedia MARTINEZ NATAL, Centro Ortopédico BURGALÉS, S.L. y CAÑAMARES, S.A. para acudir al concurso de concurrencia de ofertas para la confección de órtesis de tronco, convocado por la Delegación Provincial del INSALUD de Burgos, con idénticos precios y condiciones.

Imponer a las empresas que se indican las siguientes multas: a CAÑAMARES, S.A., 500.000 ptas.; a CENTRO ORTOPEDI-CO BURGALÉS, S.L., 500.000 ptas.; a ORTOPEDIA MARTINEZ NATAL, 500.000 ptas.; a INVERLID, S.A., 500.000 ptas.; y a ORTOPEDIA CALZADA, 500.000 ptas." Tribunal de Defensa de la Competencia Expte. 364/95, Ortopédicos Castilla-León.

En el medio costarricense, si bien no se conoce de caso práctico alguno, cabe destacar que una conducta como la descrita, podría ser sancionada por considerarse una práctica monopolística absoluta, en los términos del artículo 11 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472.

Se trata de una práctica de tipo horizontal, en tanto se da entre agentes económicos competidores, lo cual hace que se sancione duramente, vistos sus efectos altamente nocivos.

2.- Licitaciones concertadas por ofertas de turno

Se entiende por licitaciones concertadas, los acuerdos en que *"las empresas licitadoras designan a aquella que presentará la oferta más baja, de tal manera que cada empresa obtenga por turno un cierto número o un cierto volumen de mercado fijado de común acuerdo"*²⁴.

En este supuesto, *"los miembros del cartel participan en subastas y presentan "ofertas ficticias deliberadamente infladas" con el fin de asegurar que el miembro del cartel a quien según el turno corresponde que se le adjudique el contrato, haga finalmente la oferta más atractiva y quede así seleccionado"*²⁵.

²⁴ OCDE, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, coedición OCDE y ediciones Mundi Prensa, 1995, p.78. El subrayado no es del original. En igual sentido véase PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Madrid, Civitas, 1era. Ed. 2002, p.255.

²⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, La Política de la Competencia y las prácticas comerciales restrictivas, Boletín No. 20, TD/B/RBP/INF.36 de 29 de enero de 1996.

De esta forma, resulta evidente que el adjudicatario podrá ofrecer un precio de cartel muy elevado, a diferencia de lo que sucedería en el caso de que existiera libre competencia.

Este tipo de conducta, bien podría calificarse, también, como una especie de la práctica restrictiva de la competencia consistente en la repartición de un determinado mercado.

En el medio español, es posible citar un antecedente en donde se debatió, precisamente, en torno a la existencia de una práctica restrictiva como la mencionada.

El procedimiento conocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia español, inició por denuncia de la Funeraria Nuestra Señora de la Esperanza en contra la Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife, aduciendo que la última incurrió en supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en negarle la inclusión en el sistema de guardias de los hospitales de dicha ciudad.

Para el citado Tribunal, “El acuerdo para la prestación semanal de los servicios funerarios en los hospitales de Santa Cruz de Tenerife por las funerarias de esa ciudad constituye un reparto de mercado prohibido por el art. 1.1.c) de la LDC, de la que son responsables la Asociación de Pompas Fúnebres de Tenerife y las siguientes funerarias y hospitales de Santa Cruz de Tenerife y La Laguna”.

Al conocer de la denuncia, el Tribunal de Defensa de la Competencia español, resolvió:

“Primero.- Declarar acreditada la existencia y realización de una conducta colusoria restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 c) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, **consistente en establecer un turno semanal, que constituye un reparto del mercado**, por parte de la Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife, que aprobó sus normas, las **quince empresas funerarias** responsables en concepto de autoras, y los **centros hospitalarios**, como cooperadores necesarios, según se citan seguidamente:

<i>Funerarias</i>	<i>Centros Hospitalarios</i>
<ul style="list-style-type: none"> - Funeraria Sampol - Funeraria El Carmen - Pompas Fúnebres de Tenerife S.L. - Funeraria Trujillo - Funeraria Hipólito Ventura - Funeraria Santa Cruz - Funeraria Teide - Funeraria Juan Delgado - Pompas Fúnebres San Jorge S.L. - Funeraria Ntra. Sra. de la Esperanza (desde 1995) - Funeraria Alianza Canaria - Funeraria Ntra. Sra. de la Victoria - Funeraria Ntra. Sra. de la Salud - Funeraria Ntra. Sra. de Fátima - SERVISA (desde 1991) 	<ul style="list-style-type: none"> - Residencia Candelaria - Hospital Universitario de Canarias - Clínica San Juan de Dios - Clínica La Colina S.L. - Centro Médico Quirúrgico S.A. - Clínica Parque S.A. - Clínica Capote S.L. - Clínicas Tenerife - Hospital Enfermedades del Tórax

Segundo.- Imponer las multas siguientes:

Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife	2.500.000 pesetas
Funeraria Santa Cruz	1.000.000 peseta
Funeraria Ntra. Sra. Salud	725.000 pesetas
Funeraria Hipólito Ventura	675.000 pesetas
Funeraria Sampol	500.000 pesetas
Funeraria Trujillo	225.000 pesetas
Funeraria Ntra. Sra. Fátima	475.000 pesetas
Funeraria Juan Delgado	137.000 pesetas
Funeraria El Carmen	100.000 pesetas
Pompas Fúnebres San Jorge	500.000 pesetas
Pompas Fúnebres Tenerife	450.000 pesetas
SERVISA	1.000.000 pesetas
Funeraria Teide	250.000 pesetas
Funeraria Alianza Canaria	250.000 pesetas
Funeraria Ntra. Sra. Victoria	250.000 pesetas

Tercero.- Declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia del artículo 1.1 a) de la mencionada Ley, **consistente en realizar una recomendación colectiva de los precios de los servicios funerarios, y de su**

aplicación efectiva, de la que son autoras, respectivamente, la mencionada Asociación y las empresas funerarias siguientes: Sampol, Trujillo, Hipólito Ventura, Santa Cruz y Nuestra Señora de la Salud.

Cuarto.- Imponer las siguientes multas:

Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife	2.500.000 pesetas
Funeraria Santa Cruz	1.000.000 pesetas
Funeraria Ntra. Sra. Salud	725.000 pesetas
Funeraria Hipólito Ventura	675.000 pesetas
Funeraria Sampo	500.000 pesetas
Funeraria Trujillo	225.000 pesetas

Quinto.- Intimar a la mencionada Asociación y a todas las empresas citadas anteriormente para que cesen de inmediato en las conductas descritas y no vuelvan a realizarlas.

Sexto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general de máxima difusión, uno nacional y otro de Santa Cruz de Tenerife, a costa de los autores de las conductas, pudiendo hacerlo conjun-

tamente e imponiendo, en caso de incumplimiento, una multa coercitiva de veinticinco mil pesetas por cada día de retraso en la publicación." El resaltado y subrayado no es del original. Tribunal de Defensa de la Competencia Expte. 440/98, Funerarias Tenerife En Madrid, a 28 de septiembre de 1999.

Tal y como es posible comprobar, a partir de la genérica prohibición relativa al reparto de mercado prevista en el art. 1.1.c) de la Ley de

Defensa de la Competencia de España²⁶, se estimó que resultaba posible sancionar licitaciones colusorias por turno.

En el medio costarricense, se trata de una práctica expresamente prevista en el artículo 11 inciso d) de la Ley.

Como se ha estimado en el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Administrativa de la Comisión para Promover la Competencia antes citado, son dos los elementos del tipo administrativo: por un lado, las empresas involucradas han de establecer, concertar, acordar o coordinar ofertas o la abstención de las mismas y por otro lado, debe darse una participación o postura de varios agentes económicos.

Como puede observarse, contrario al restringido efecto que se ha tradicionalmente dado al Principio de libre competencia en el ámbito de la contratación administrativa, en realidad, se trata de una norma no escrita del Derecho de la Constitución que está en capacidad de

vincular tanto a todos los poderes públicos, como a los sujetos de Derecho privado que intervienen en el sistema de compras, en calidad de oferentes de las administraciones públicas.

De este modo, el Principio sirve, por un lado, como parámetro de regularidad de la actividad del Poder Ejecutivo, en la negociación de instrumentos internacionales, en la actividad de Poder Legislativo, en su función legisladora y en general, en la actividad del Estado y sus instituciones, a la hora de adoptar actos administrativos concretos y pliegos de condiciones.

Sirve también el Principio, para acotar el campo de acción de los sujetos de Derecho privado, que ven restringida su autonomía de la voluntad, de modo que no podrán acordar con sus competidores en términos tales que frustren u obstaculicen la libre competencia en un procedimiento de selección de contratistas.

²⁶ España

"1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: (...)

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento."