

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=ca>

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



Tesis para la obtención del título de
Doctor en Seguridad Humana y Derecho Global

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LIBRE COMPETENCIA

Ximena Pinto Nerón

Tutora y Directora de Tesis: Prof. Marta Franch Saguer

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas

Barcelona, junio de 2023

*A Laura Nerón Sarmiento, madre ejemplar,
principal impulsora de esta tesis,
cuya luz me ha guiado y guiará por siempre.*

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de la presente tesis implica la imperiosa necesidad de reconocer y agradecer.

En primer lugar debo todo mi reconocimiento y agradecimiento a mi familia y amigos, sin cuyo apoyo, estímulo y constante cariño no hubiera podido afrontar este ni ningún otro desafío. En especial mi abrazo agradecido a mis padres y hermanos, a mis sobrinos Santiago, Martina y Delfina, a mi tía Sylvia, a Ana, a Diego por haber sido especial impulsor de esta tesis, a Paula, Omar, Ignacio, Jorge, Julio, Yaka, Alec y Pablo por recordarme todos los días el valor de la amistad.

Mención especial a Sandra por enseñarme todos los días de contratación pública y de la vida misma, y a Lucía Belén y a Carlos Faguaga por empujarme con fuerza para lograr cualquier cosa que me proponga.

Gracias a mi Tutora y Directora de Tesis, la Dra. Marta Franch, quien me ha guiado en este largo camino que hemos sorteado juntas, con cariño y paciencia.

No puedo dejar de mencionar al Profesor Carlos Labaure que me impulsó en el inicio de este propósito y en toda mi carrera, cuya desaparición física en este camino ha sido difícil de transitar.

Gracias al Profesor Felipe Rotondo por ser una luz que me ilumina a permanencia con bondad y altruismo, y a los Profesores Alejandro Borche, Sonia Sena, Rosario Decia y Carol Arocena por todos sus aportes y afecto constante. Gracias al Profesor Jaime Pintos Santiago y al Dr. Elard Ortega por el apoyo permanente.

Gracias a mis alumnos de grado y de posgrado, por arengarme a realizar el trabajo con alegría.

Especial mención debo efectuar a Marta Delgado del Departamento de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona por haberme ayudado siempre, con respeto y empatía, siendo que su eficiencia resultó imprescindible para llegar a buen puerto.

Y a Montse Alberich de la Biblioteca de Garantías Estatutarias por todo el gran trabajo realizado con amor y a toda hora, lo que me permitió poder avanzar en esta tarea.

Mi eterno agradecimiento a todos los que me prestaron tiempo de vida para transitar este camino, al que no hubiera arribado a destino sin que me extendieran su mano. Este trabajo es de todos ustedes, muchas gracias.

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	Pág. 8
II.- ESTADO Y MERCADO	Pág. 10
III.- DEFENSA DE LA COMPETENCIA	Pág. 17
III.1. Alcance y significado. Rol del Estado	Pág. 17
III.2. Caracterización	Pág. 21
III.3. Objetivos y bien jurídico tutelado	Pág. 27
III.4. Origen de la promoción y defensa de la competencia	Pág. 28
III.5. Regulación de la competencia en la Unión Europea	Pág. 31
III.6. Regulación de la competencia en el Mercosur	Pág. 33
IV.- LIBRE COMPETENCIA EN URUGUAY	Pág. 37
IV.1. Antecedentes y regulación normativa	Pág. 37
IV.2. Ley No. 18.159 y modificativas	Pág. 41
IV.3. Objetivo de la normativa	Pág. 42
IV.4. Ámbito subjetivo de aplicación	Pág. 43
IV.5. Prácticas prohibidas	Pág. 45
IV.6. Mercado relevante	Pág. 51
V.- LIBRE COMPETENCIA EN ESPAÑA	Pág. 54
V.1. Antecedentes y regulación normativa	Pág. 54
V.2. Ley Nº 15/2007 y modificativas	Pág. 56
V.3. Objetivo de la normativa	Pág. 57
V.4. Ámbito subjetivo de aplicación	Pág. 58
V.5. Prácticas prohibidas	Pág. 59
V.6. Mercado relevante	Pág. 64

VI.- ÓRGANOS DE APLICACIÓN EN MATERIA DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA	Pág. 66
VI.1. Generalidades	Pág. 66
VI.2. Los órganos de aplicación en Uruguay	Pág. 70
VI.3. Los órganos de aplicación en España	Pág. 93
VI.4. Posición institucional de las autoridades de competencia u órganos de aplicación	Pág.100
VII.- DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Pág. 115
VII.1. Normativa aplicable	Pág. 118
VII.1.1. Uruguay	Pág. 118
VII.1.2. España	Pág. 121
VII.2. Principios aplicables	Pág. 128
VII.2.1 Principios Generales del Derecho	Pág. 129
VII.2.2 Principios genéricos de la actuación administrativa	Pág. 133
VII.2.3 Principios éticos aplicables a la Contratación Pública	Pág. 137
VII.2.4 Principios propios de la Contratación Pública	Pág. 141
VII.2.5 Análisis comparativo de los principios de la Contratación Pública	Pág. 142
VII.2.6. Análisis de los principios propios de la Contratación Pública	Pág. 145
VII.2.7. Relación entre los principios: complementariedad y armonización	Pág. 161
VII.3. Procedimientos de contratación	Pág. 165
VII.3.1. Uruguay	Pág. 165
VII.3.2. España	Pág. 196
VIII.- CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	Pág. 207
IX.- CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LIBRE COMPETENCIA	Pág. 211
IX.1.- Libre Competencia en las etapas de la contratación	Pág. 211

IX.2.- Contratación Electrónica y Libre Competencia	Pág. 250
IX.3.- Prácticas prohibidas en la Contratación Pública	Pág. 277
IX.4.- Tratamiento de la información: transparencia como principio y confidencialidad como excepción	Pág. 314
IX.5.- Ponderación inadecuada de los principios de la contratación pública	Pág. 337
IX.6.- Cláusulas restrictivas o contrarias a la competencia en las bases del llamado	Pág. 343
IX.7.- Ilegitimidad en la aplicación de los criterios de selección	Pág. 346
IX.8.- Utilización abusiva o impropia de la contratación directa	Pág. 365
IX.9.- Fraccionamiento del gasto como escenario propicio para la colusión	Pág. 374

X.- ÉTICA, CORRUPCIÓN Y LIBRE COMPETENCIA EN LA

CONTRATACIÓN PÚBLICA	Pág. 379
X.1.- Ética Pública.....	Pág. 379
X.2.- Normativa aplicable.....	Pág. 381
X.3.- Positivización en el ámbito internacional	Pág. 382
X.4.- Normativa interna	Pág. 385
X.5.- Principios de la ética pública aplicables a la Contratación Pública	Pág. 388
X.6.- Corrupción, Libre Competencia y Ética Pública	Pág. 397
X.7.- Ser y parecer en el comportamiento ético	Pág. 398
X.8.- Mecanismos para evitar el conflicto de intereses	Pág. 402
X.9.- Competencia profesional y capacitación en la materia.....	Pág. 421
X.10.- Herramientas para la efectividad del comportamiento ético	Pág. 423

XI.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES

Pág. 451

XII.- RELEVAMIENTO DE DATOS

Pág. 460

XIII.- CONCLUSIONES

Pág. 481

XIV.- RECOMENDACIONES..... Pág. 493

XV.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA..... Pág. 499

XVI.- ANEXOS..... Pág. 509

XVI.1.- Normativa sobre Derecho de la Competencia y
Contratación Pública..... Pág. 509

XVI.2.- Proyecto de Investigación formulado..... Pág. 510

I.- INTRODUCCIÓN. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación planificada a efectos de elaborar la tesis final, tiene como objetivo general el describir las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas en el sistema de libre competencia aplicado al ámbito de la contratación pública, analizando en forma comparativa los regímenes de Uruguay y España.

La elección del tema está motivada por la previa constatación de dificultades en la aplicación de la normativa vigente en el país en el que me desempeño (Uruguay), específicamente en relación al obrar del Estado en materia de promoción y defensa de la competencia.

La temática reviste gran relevancia en tanto el Estado, por su propia naturaleza, cumple un rol regulador, de control y fiscalización, mientras que por otro lado, participa activamente en el mercado, como oferente de bienes y servicios en ciertos casos, y en otros como demandante de los mismos, debiendo referir en esta última hipótesis, a la contratación pública.

Al respecto, se destacan particularidades en la aplicación de la normativa de promoción y defensa de la competencia en un ámbito de actuación especialmente relevante, por cuanto en la contratación de bienes, servicios y obra pública se manejan fondos públicos.

Es por ello que el obrar conforme a parámetros de legitimidad y a altos estándares éticos se erige como un mandato.

Por lo expuesto, surge la inquietud de investigar respecto del régimen vigente y su aplicación en Uruguay, comparándolo con el régimen imperante en España.

Asimismo, resulta de importancia abordar el estudio de las autoridades de competencia previstas en cada país, considerando su naturaleza, su ubicación institucional en la órbita del Estado, así como su relacionamiento con el Poder Ejecutivo en cada caso, y la eventual revisión de los actos administrativos que dicte.

La investigación por lo tanto, procurará ahondar en la aplicación de la normativa de Promoción y Defensa de la Competencia imperante en ambos

ordenamientos jurídicos (el español y el uruguayo), en el obrar del Estado en el mercado, específicamente cuando se desempeña como sujeto de la contratación pública, esto es, como demandante de bienes y servicios.

Tal como señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (conocida por su sigla en español OCDE, y en inglés OECD), las contrataciones de bienes y servicios del Estado representan un alto porcentaje del Producto Interno Bruto (PBI) de cada Nación.

En diversos países el Estado tiene un importante poder de compra, por lo cual debe destacarse su posición para fomentar la competencia e influir en los mercados, procurando incluso la introducción de nuevas tecnologías. En virtud de ello, las decisiones que se adopten en materia de contratación pública pueden impactar significativamente en aras de promover la competencia en el mercado.

Es por ello que el análisis de la actuación de las personas públicas estatales como sujetos de la contratación pública adquiere una relevancia significativa. De esta forma se analizará en primer lugar la libre competencia y su regulación normativa, y posteriormente se abordará la temática referida a la contratación pública, con la finalidad de determinar la interrelación entre ambos temas y su alcance.

Surgió así la inquietud de la suscrita de efectuar un estudio comparativo de ambos regímenes, detectando sus fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas.

Mediante el análisis documental, el estudio de campo y la entrevista a personas calificadas que ocupan cargos jerárquicos tanto en los órganos de aplicación, como de gestión y en aquellos con competencia para dirimir aspectos relacionados con la defensa de la competencia y la contratación pública, se obtendrá la descripción de ambos regímenes normativos.

A partir de dicha descripción, el foco de la investigación se centrará en determinar la relación entre el obrar estatal, a la luz de su regulación normativa, y el cumplimiento de los postulados de la libre competencia, específicamente en la contratación pública.

II.- ESTADO Y MERCADO

El término Estado tiene muchas acepciones. En un sentido amplísimo, referimos a Estado para hablar de la organización política de la comunidad, integrada por tres elementos: territorio, población y poder.

El Estado no deja de ser una organización y como tal, es una creación del ser humano. De esta forma, el Estado no preexiste al individuo y supone una etapa en la evolución de la humanidad, cuestión en que se vislumbra la incidencia de diversas posturas ideológicas que han variado de acuerdo en diversos contextos históricos.

Estas connotaciones adquieren diferentes características, las que se advierten si analizamos la evolución histórica del Estado, incidiendo también la realidad económica imperante en los diversos tiempos y sociedades.

De esta manera, han predominado conceptos disímiles en las diferentes etapas de evolución, siendo que ha prevalecido en ciertos momentos la concepción del Estado como Juez y Gendarme, de Estado benefactor, o bien, de Estado subsidiario, concepciones que a su vez, pueden asentarse en el orden normativo del Estado.

Uno de los avances más significativos en la cronología de hechos históricos lo constituye el pasaje del Estado Liberal al Estado Social. Al respecto, el Profesor **Felipe ROTONDO** expresa:

“...este Estado aparece con el liberalismo económico que determina su actuación exclusivamente respecto a los fines primarios o cometidos esenciales (“Juez y Gendarme”); en lo demás, vela por las libertades económicas y la libre concurrencia (dejar hacer, dejar pasar, dejar jugar libremente las reglas económicas). Así se suprimieron las corporaciones, los monopolios, los impuestos internos y al consumo. Es la etapa del Estado liberal de Derecho, que vigila la existencia de una libertad de mercado al cual considera justo, por lo que lleva a una administración ordenadora.

Domina la concepción clásica de los derechos, con un criterio individualista, de un atomismo en lo social.”¹

Por su parte, según el autor citado, el Estado Social:

“ya no es un mero productor de seguridad jurídica que garantiza el orden público, pasa a ser protagonista del orden social mediante: A) La finalidad social de la administración, conformadora de la realidad socio-económica, que contribuye a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales... D) La importancia del plan, como instrumento técnico para el desarrollo conformador. Su contenido sustantivo dependerá de los objetivos a que la sociedad aspire ante las necesidades presentes y futuras y en base a los recursos humanos, económicos, tecnológicos, etc. que posee...”²

De esta forma, el pasaje del Estado liberal al Estado social implica un trasiego desde el individualismo a la solidaridad. Desde el Siglo XX se han propuesto diversas soluciones políticas que oscilan entre un mayor intervencionismo, un mayor liberalismo, o un dirigismo y planificación.

No obstante, desde que comenzó en forma mayoritaria a adoptarse una concepción de Estado social, existen mínimos de intervención económica del Estado, los cuales se han mantenido en forma constante a través del tiempo.

Desde hace un tiempo a esta parte, existe otra concepción que parece enfrentarse a la existencia de un Estado fuertemente interventor: el Estado subsidiario. El alcance de la subsidiariedad ha sido discutido, siendo que diversos autores de diferentes países encuentran su vinculación con la teoría impulsada como doctrina social de la Iglesia Católica.

Así, se ha conceptualizado a la subsidiariedad bajo la idea de que debe procurarse *“tanta sociedad como sea posible, tanto Estado como sea necesario.”³*

1 **ROTONDO TORNARÍA, Felipe.** “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. FCU, 11ª Edición, Montevideo - Uruguay, Julio de 2021, Pág. 28.

2 **ROTONDO TORNARÍA, Felipe.** “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. FCU, 11ª Edición, Montevideo - Uruguay, Julio de 2021, Pág. 29.

³ En general es la referencia que se hace comúnmente por parte de diversos operadores, siendo que adquiere matices en algunos casos, donde en lugar de referir al Estado, mencionan al Gobierno.

Como ha indicado el Profesor uruguayo **Augusto DURÁN MARTÍNEZ**, el principio de subsidiariedad adquiere dos visiones: una de carácter negativa y otra positiva. Al respecto, ha manifestado:

*“en el ámbito del Derecho interno el aspecto limitativo o negativo implica que el Estado no debe ejercer aquellas actividades que pueden realizar las sociedades intermedias y esas no pueden ejercer aquellas que pueden desempeñar los individuos y el aspecto positivo que implica un hacer del Estado significa que a éste le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, controlar, fomentar, estimular, ayudar, coordinar, integrar y hasta suplir a los particulares cuando exigencias del bien común lo imponen.”*⁴

Ahora bien, como ya se ha señalado, estas concepciones pueden ser o no, recogidas por los ordenamientos jurídicos. En efecto: la circunstancia consistente en que en un momento dado de la evolución del Estado se presenten características que impliquen la subsidiariedad en su actuación, no implica que el principio de subsidiariedad como tal se encuentre reconocido por las normas de máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico.

En ese ámbito, debemos señalar que se produce la regulación normativa de la defensa y promoción de la competencia. Como ha señalado el Profesor **Mario UMAÑA**,

“el desarrollo de la legislación y política de competencia en el mundo es un esfuerzo que lleva más de un siglo, aunque en América Latina es un proceso más reciente. Su fundación teórica se remonta al trabajo de los clásicos de liberalismo económico, pero subsiste en múltiples escuelas de pensamiento económico, desde Harvard, hasta Chicago. Hoy en día hay más de 138 jurisdicciones (de todos los colores

Esto sucede por ejemplo en Estados Unidos, donde lo que en nuestros países denominados “Estado aparato” denominan “Gobierno”.

4 **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto**. “Monopolios estatales y derecho de la competencia”, publicado en “El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia”, AAVV, Ed. UM, Montevideo - Uruguay, Año 2001, Pág. 49.

ideológicos) que tienen un mecanismo legal para proteger y fomentar la competencia.”⁵

De esta forma, la regulación normativa de la libre competencia por parte del Estado implica establecer reglas de actuación para fomentar la actuación en el mercado en términos igualitarios, para lo cual se controla el ejercicio de poder en el mercado por parte de los agentes.

El Estado demuestra su rol en la economía y a través de la regulación desempeña un papel importante. Se observan así dos niveles de actuación estatal: el primero, responde a la idea de Estado subsidiario, en donde sólo se interviene cuando las necesidades basadas en el interés general así lo requieren, y el segundo, que supone una concreta intervención en la economía.

Resulta indispensable la actuación del Estado para asegurar la libertad en el ámbito económico, tal como se profesa en el segundo de los niveles indicados, pues es a través de la actuación estatal que se produce una regulación del mercado, mediante el dictado de normas, así como en virtud de su tarea de fiscalización y control.

El dictado de disposiciones en materia de regulación económica resulta por demás importante, por cuanto, tal como ha señalado el Profesor **Mariano BRITO**:

“el derecho no es obstáculo para la libertad sino que la constituye. La ausencia de derecho es ausencia de libertad”⁶

La libre competencia es un principio que surge de las disposiciones constitucionales referentes a la libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio y de asociación y es también corolario del principio de igualdad.

Esto último por cuanto la libre competencia debe tener como presupuesto inmediato la posición de igualdad jurídica de los diferentes competidores, siendo

⁵ **UMAÑA, Mario**. Ponencia titulada “Reflexiones de Mario Umaña” en Capítulo XI de la Obra Colectiva “Derecho de la Competencia”, AAVV, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 627.

⁶ **BRITO, Mariano y DELPIAZZO, Carlos**. “Derecho Administrativo de la Regulación Económica”, Ed. UM, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Diciembre de 1998, Pág. 28.

que un mercado regido por la libre competencia que permitiera discriminaciones injustificadas entre los competidores resultaría una contradicción en sí misma.

En general en los diversos Estados, las normas constitucionales reconocen los principios de libertad e igualdad en que se asienta la libre competencia, siendo de resorte de los Parlamentos la limitación a estos derechos mediante normas de rango legal. Todo ello impacta en los derechos fundamentales de las personas, así como en el mercado mismo. Como ha señalado **José Eugenio SORIANO GARCÍA**:

“Preservar así, de manera simultánea, tanto el mercado, sin el cual no habría libertad de empresa, y la libre iniciativa, sin la cual no habría mercado, es la terrible paradoja del derecho de la competencia.”⁷

En cuanto a la tutela constitucional de la **libertad de empresa**, debemos destacar las siguientes previsiones normativas en los dos países objeto de análisis:

PAÍS	NORMA CONSTITUCIONAL	TEXTO
ESPAÑA	Artículo 38	<i>“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”</i>
URUGUAY	Artículo 36	<i>“Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las Leyes”.</i>

Como vemos la Constitución en ambos países tutela la libertad en el sentido indicado, constituyendo un corolario del principio general de libertad. De esta forma,

⁷ **SORIANO GARCÍA, José Eugenio**. “Derecho Público de la Competencia”, Ed. Marcial Pons, Año 1998, Pág. 19.

la normativa sobre defensa de la competencia implica una limitación a dicho tipo de libertad, limitación que a su vez supone la protección de tal derecho, puesto que un mercado desregulado perjudicaría a los operadores más débiles.

Este límite a la libertad de empresa, como fomento del mercado como institución, comprueba la existencia de un orden público económico, por cuanto, como señala **José SORIANO GARCÍA**, el Estado “*se ocupa del mercado.*”⁸

El mercado constituye el objeto de regulación de estas normas, que procuran un beneficio para los diversos participantes de este: consumidores, proveedores, distribuidores.

El Estado, a través del dictado de normas jurídicas promueve que exista competencia efectiva en el mercado, previendo mecanismos para detectar y sancionar prácticas indebidas que perjudican a la economía del país, por lo que su rol en la materia es preponderante. El Profesor **Luciano PAREJO ALFONSO** ha expresado que:

*“No puede dejarse de tener en cuenta que si en el plano social la intervención estatal garante de la libertad (a través de la imposición de sus límites inherentes, precisados de redefinición constante) sigue siendo evidente, en el plano económico la necesidad de tal intervención se muestra con parecida evidencia en el sometimiento universal de toda actividad económica, en último término, a la política de la libre competencia.”*⁹

De esta forma, a lo largo del presente abordaje podremos reconocer los diversos roles que el Estado desempeña en relación al mercado, vinculándolos con la política de la competencia.

8 **SORIANO GARCÍA, José Eugenio**, “Derecho Público de la Competencia”, Ed. Marcial Pons, Madrid – España, Año 1998, Pág. 20.

9 **PAREJO ALFONSO, Luciano**, “El Estado Social y Administración Pública. Algunas reflexiones a propósito de la llamada crisis del primero”, en Revista de Derecho Público N° 17, Montevideo – Uruguay, Año 2000, Pág. 22.

En ese sentido, advertiremos la trascendencia del Estado como regulador – creando el marco normativo que rige la actividad en el mercado -, así como el de fiscalizador, sancionador e incluso, como un agente más del mismo mercado que regula y controla al realizar actividad económica.

III.- DEFENSA DE LA COMPETENCIA

III.1. Alcance y significado. Rol del Estado.

Según la Real Academia Española¹⁰, el término competencia proviene del latín “competentia”, y se define de la siguiente forma:

“1. f. Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo.

2. f. Oposición o rivalidad entre dos o más personas que aspiran a obtener la misma cosa.

3. f. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio.”

De esta forma, la competencia implica una contienda, disputa o rivalidad sobre algo. En el caso, referimos a la competencia en el mercado.

Es por ello que al hablar de competencia debemos referir a ciertos conceptos de la teoría económica; en efecto, al analizar aspectos sobre el mercado, así como en relación a la oferta y demanda, nos insertamos en instrumentos propios de la Economía.

La Economía se encarga del estudio de la competencia y los fenómenos que se producen en relación con ella, como ser la competencia perfecta, los monopolios, oligopolios y la posición dominante, entre otros.

El Profesor de Derecho de la Competencia de la Universidad de Yale y Juez **Robert H. BORK** es uno de los autores clásicos en la materia. Al analizar el concepto del término “competencia”, el mismo advierte la existencia de diversos significados, a saber:

- Un proceso de rivalidad, señalando que este concepto implica un uso poco estricto e invita a la conclusión totalmente errónea de que la eliminación de la rivalidad debe ser siempre ilegal.

¹⁰ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 29 de enero de 2023].

- La ausencia de restricción sobre las actividades económicas de una persona o empresa por cualquier otra persona o empresa. Al respecto, el autor manifiesta que ésta no es una definición que resulte útil, ya que la preservación de la competencia requeriría la destrucción de todos los contratos y obligaciones comerciales.

- Ese estado del mercado en el que el comprador o vendedor individual no influye en el precio mediante sus compras o ventas. Dicho de otra forma, la elasticidad de la oferta que enfrenta cualquier comprador es infinita y la elasticidad de la demanda que enfrenta cualquier vendedor es infinita. Al respecto, el autor expresa que éste es un modelo enormemente útil para la teoría económica, pero es totalmente inútil como objetivo del derecho, dado que el modelo omite deliberadamente consideraciones de tecnología (en el sentido más amplio), que impiden que los mercados reales se aproximen al modelo. Agrega que el modelo económico de competencia perfecta nunca fue pensado como una receta de política y es un error básico aunque extremadamente común suponer que los mercados no funcionan de manera eficiente si se apartan del modelo.

- Existencia de industrias y mercados fragmentados preservados a través de negocios viables, pequeños y de propiedad local. Es un concepto estrechamente relacionado con lo anterior que para el autor acuña una noción vaga, indicando asimismo que la competencia en su uso ordinario no se relaciona de ninguna forma con los conceptos de unidades de negocio que son de propiedad local.

- Es una expresión abreviada, un término del arte, que designa cualquier estado de cosas en el que el bienestar de los consumidores no puede incrementarse pasando a un estado de cosas alternativo a través de un mandato judicial. Por el contrario, el monopolio y la restricción del comercio serían términos de arte para situaciones en las que el bienestar del consumidor podría mejorarse, siendo que monopolizar o participar en una

competencia desleal sería utilizar prácticas contrarias al bienestar del consumidor.¹¹

El Profesor BORK se inclina por aceptar la última acepción indicada por cuanto es consistente con el uso común del lenguaje (denominado por el autor como “everyday speech”). Afirma que cuando hablamos de una competencia atractiva ordinariamente tenemos en mente cuestiones tales como bajos precios, innovación, elección entre diferentes productos, todas cosas que a nivel social pensamos a priori que son buenas para los consumidores.

Una vez analizados los aspectos precedentes, en primer lugar debemos determinar cuál es el rol del Estado en materia de libre competencia. Para ello resulta imprescindible analizar los cometidos del Estado.

En Uruguay, el Profesor **Enrique SAYAGUÉS LASO** divide los cometidos del Estado en cinco categorías, a saber:¹²

- a) Cometidos esenciales.
- b) Servicios públicos.
- c) Servicios sociales.
- d) Regulación de la actividad privada.
- e) Intervención del Estado en la actividad privada.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia apreciamos inmediatamente el rol del Estado como regulador.

¹¹ **BORK, Robert H.** “The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself”, Editorial The Free Press, Estados Unidos, año 1993, Págs. 58 – 61. La traducción del inglés al español efectuada es propia de la autora de la presente tesis.

¹² **SAYAGUÉS LASO, Enrique.** “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Ed. FCU, 9ª Edición, Montevideo – Uruguay, Setiembre de 2010, Págs. 71 – 106.

La regulación es la actividad que realiza el Estado por la que establece mecanismos mediante los cuales corrige o modifica los parámetros del mercado, siendo que los operadores económicos deben ceñirse a las pautas impuestas.

Según indica el Profesor **Gaspar ARIÑO ORTIZ**, la regulación configura siempre siempre una especie de sustitutivo del mercado. El autor expresa:

*“Por lo mismo, las características que debe reunir deben estar orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquél produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de la política sectorial de que se trate, exigir estándares de calidad y seguridad; en todo lo demás, abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos – como hace el mercado – para una cada día más eficiente gestión de las empresas.”*¹³

Por otra parte, la defensa de la competencia ha sido definida por el Profesor argentino **Germán COLOMA** como:

*“una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí.”*¹⁴

De acuerdo a dicho autor, este tipo de regulación se puede contrastar con otra de carácter directo con la que el Estado pretende incidir en la determinación de algunas variables económicas, como ser la fijación de precios, cantidades o estándares de calidad.

Así debemos concluir que dentro de la regulación de la actividad privada, se formulan mecanismos de defensa de la competencia, los cuales pueden ser de regulación directa o indirecta. Aquí vemos entonces al Estado en su rol de regulador.

¹³ **ARIÑO ORTIZ, Gaspar**. “Economía y Estado”, 2ª Edición, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires – Argentina, Agosto de 1993, Pág. 328.

¹⁴ **COLOMA, Germán**. “Defensa de la Competencia”, 2ª Edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 2009, Pág. 17.

De esta forma, el Estado regula pero, por otra parte, también se erige como un agente del mercado al ser oferente y/o demandante de bienes, servicios y obras.

En efecto, el Estado interviene en la actividad privada como un actor en el mercado, en tanto ofrece y/o demanda bienes, servicios y obras, por lo que en este caso, su perfil es de agente del mercado, y por ende, se encuentra sujeto a las normas y principios de la competencia que el mismo establece.

La importancia de la competencia se relaciona directamente con su probable beneficio para el actuar de la Administración toda, siendo que en la actualidad, tanto la doctrina nacional como la extranjera propugna el cumplimiento del requisito de libre competencia para el buen gobierno, así como para la buena administración.¹⁵

III.2. Caracterización

El llamado “Derecho de la Competencia” (conocido por su denominación en inglés “Competition Law”) consiste en el conjunto de normas y principios que tienen como objeto la regulación de la competencia en el mercado.

Si nos preguntamos en qué rama del Derecho lo ubicamos, notaremos que se trata de una disciplina que podríamos llamar de intersección.

Ello por cuanto diversas ramas del Derecho abordan la temática que nos ocupa, destacándose – entre otras - las siguientes vinculaciones:

- a)** Con el **Derecho Civil**, en especial en lo referido al ámbito de los acuerdos de voluntades (contratos), así como a lo referido a la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, y a la propiedad.
- b)** Con el **Derecho Comercial**, en tanto la libre competencia se vincula con la intermediación entre la oferta y demanda, dentro del ciclo económico. En

¹⁵ En este sentido: **RODRÍGUEZ ARANA, Jaime**, “Ética, Poder y Estado”, Ediciones RAP, 1a edición, Año 2004, Pág. 91.

efecto, en el proceso de producción, intermediación y consumo se produce la vinculación entre los diversos agentes en el mercado.

- c) Con el **Derecho Constitucional**, puesto que la libre competencia encuentra sus principales capítulos en las normas constitucionales. Así, se vincula con los principios generales del derecho como los de libertad e igualdad, los que en general son reconocidos por las Constituciones modernas en los diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, en ciertos países, algunos institutos como los monopolios, son regulados a nivel constitucional.
- d) Con el **Derecho Administrativo**, por cuanto se vincula a la organización así como a la actividad administrativa, refiriendo especialmente a la relación entre los Organismos Públicos y las personas. Al respecto, se ha manifestado que la defensa de la competencia *“defiende el mercado de todo ataque contrario al interés público.”*¹⁶

En efecto, sin perjuicio de la libertad de comercio existe la regulación de la actividad privada, así como correcciones al funcionamiento del mercado que llevan a que el Estado deba intervenir para corregir y adecuar ante la existencia de desviaciones. Por otra parte, el Derecho Administrativo estudia los monopolios y el proceso de desmonopolización.

Además, cabe señalar que las autoridades de aplicación de las normas de defensa de la competencia son órganos públicos estatales y tienen en general poder sancionatorio ante incumplimientos a la normativa imperante, lo que, como regla, desarrollan a través de la función administrativa.

Por otra parte, las entidades estatales en su actuación en el mercado, al desempeñar actividad económica y erigirse como compradores o vendedores, son agentes alcanzados por la normativa de promoción y defensa de la competencia. En especial, cuando hablamos del Estado como

¹⁶ DELPIAZZO, Carlos E. Prólogo a la Obra Coletiva “Derecho de la Competencia”, AAVV, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 7.

comprador, nos ubicamos dentro del ámbito de la contratación pública, la que sin dudas constituye un capítulo fundamental dentro del Derecho Administrativo.

- e) Con el **Derecho Penal**, siendo que en dicha disciplina se tipifican las conductas que configuran delitos. El Derecho Penal es de última ratio o de mínima intervención, por lo que notaremos que el ordenamiento jurídico reacciona mediante la aplicación de los tipos penales ante la importancia de ciertas conductas.
- f) Con el **Derecho Procesal**, en tanto mediante sus disposiciones se regulan los procesos a seguir, que permiten la tutela de los derechos en juego.
- g) Con el **Derecho Internacional, tanto Público como Privado**, debiéndose destacar que existen relaciones económicas de carácter internacional, donde incluso en múltiples ocasiones incide la relación entre Estados o grupos de Estados. Asimismo, se pueden producir vinculaciones comerciales en el mercado entre agentes privados y/o públicos que posean elementos de extranjería. En todas esas oportunidades, pueden resultar de aplicación las normas de Derecho Internacional Público, o Privado según sea el caso.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen autores que abogan por la autonomía del Derecho de la Competencia, indicando que la trascendencia de sus postulados y la evolución de los mismos la hacen merecedora de un análisis independiente y exhaustivo.¹⁷

En el presente abordaje, nos centraremos en el análisis del Derecho de la Competencia en un enfoque que tiene como eje lo que se ha denominado “Derecho Público de la Competencia”, el que, como señala el jurista español **Luis CASES PALLARES**, se basa en “*una forma de acción fundamental de la Administración en*

¹⁷ En este sentido: **CADENAS, Emilia, CLOVIN, Jonhathan y MERCANT, Juan Manuel**. “Defensa de la Competencia”, Capítulo 1 de la Obra Colectiva “Derecho de la Competencia”, AAVV, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 21.

el mercado”, en tanto “mediante ésta, la Administración controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado.”¹⁸

Cabe señalar que ya en la década de 1990, existieron autores que propugnaban por un Derecho Público de la Competencia, advirtiendo su enorme trascendencia.

En ese sentido, **José Eugenio SORIANO GARCÍA** expresó:

“Cualquier observador de nuestra realidad doctrinal podría, sin excesivo esfuerzo, llegar a la conclusión de que el tema de la defensa de la competencia no goza del clima apropiado entre los cultivadores del Derecho público para hacer del mismo uno de los elementos habituales de sus reflexiones.

Apenas existen estudios sobre esta materia, y en los distintos manuales, cursos, incluso monografías, sobre Derecho administrativo económico no hay sino un mínimo eco de la defensa de la competencia como instrumento del poder público, especialmente del poder estatal, para actuar sobre el mercado.

Explicar el por qué de esta situación es deber de quienes, por oficio en parte, por vocación en gran medida, entendemos que nos encontramos ante un cometido importante del Estado moderno y que está llamado a constituirse en uno de los ejes de la política estatal sobre los mercados.”¹⁹

Surge así la trascendencia del Derecho Público de la Competencia, teniendo presente que los institutos y los principios propios de dicha rama del Derecho resultan fundamentales para el desarrollo de la disciplina. Esto por cuanto a mi

¹⁸ **CASES PALLARES, Luis.** “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, Ed. Marcial Pons, Madrid – España, Año 1995, Pág. 23.

¹⁹ **SORIANO GARCÍA, José Eugenio.** “Derecho Público de la Competencia”, Ed. Marcial Pons, Madrid – España, Año 1998, Pág. 17.

juicio, **sin Derecho Público de la Competencia, no puede existir Derecho de la Competencia.**

Debemos destacar la importancia de considerar el Derecho Público de la competencia en la instrumentación de políticas públicas al respecto y su impacto en la Economía de los diferentes países. Ha señalado la doctrina que:

“la defensa de la competencia es una política necesaria en una economía moderna. Las empresas tienen fuertes incentivos para instrumentar políticas anticompetitivas que les permitan limitar la competencia y así obtener ganancias extraordinarias. Cuando una empresa realiza una práctica anticompetitiva puede lograr poder de mercado, lo cual le permite subir los precios por encima de los costos y reducir las cantidades ofertadas al mercado.” ²⁰

En mérito a lo indicado precedentemente, es que el Estado debe regular con precisión los aspectos fundamentales de la actuación en el mercado, prohibiendo prácticas anticompetitivas que repercuten en la economía toda.

Resulta ilustrativo lo indicado en el Preámbulo de la **Ley de Defensa de la Competencia española No. 15/2007 de 3 de julio de 2007** (Numeral I):

“existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.

Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado.”

²⁰**FLEITAS, Sebastián.** Ponencia titulada “Reflexiones de Sebastián Fleitas” en Capítulo XI de la Obra Colectiva “Derecho de la Competencia”, AAVV, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 591.

La propia ley refiere al necesario equilibrio que debe adoptar el Estado al regular la competencia en el mercado por un lado, y por el otro permitir que el mercado opere por sí mismo, desempeñándose los diversos agentes en el ámbito de la libertad de empresa. Es por ello que el Preámbulo refiere a la necesidad de *“disponer de un sistema”* pero *“sin intervenir en forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales”*.

Sin perjuicio de lo expuesto, también debemos advertir que el Estado adquiere otro rol en tanto es un agente del mercado al ofertar y al demandar insumos, por lo que en ese ámbito debería ser ejemplo de actuación, sometiéndose a la normativa que el propio Estado creó y a los principios que sustentan el respectivo régimen jurídico.

En especial, en materia de contratación pública, donde se manejan fondos públicos, le corresponde al Estado adoptar todos los mecanismos posibles para evitar prácticas indebidas, entre las que se encuentra el pacto colusorio.

En dicha área, se maneja un alto porcentaje del Producto Bruto Interno de cada país, por lo que el obrar de las Administraciones Públicas Estatales puede determinar y condicionar múltiples aspectos de mercado.

La libre competencia constituye un desafío en sí mismo. Cumplirlo de la mejor manera, es tarea de todos, pero en especial del principal actor que desempeña múltiples roles: el Estado, mandatado especialmente por las normas constitucionales que rigen su obrar, debiendo cumplir la regla de derecho mediante un obrar en términos de servicialidad.

III.3. Objetivos y bien jurídico tutelado.

Si analizamos las normas vigentes en los diversos ordenamientos jurídicos, debemos concluir que existen diferencias al considerar cuál es el bien jurídico tutelado cuando se establecen disposiciones que regulan la promoción y defensa de la competencia.

Ello por cuanto ha existido históricamente el debate sobre lo que se pretende tutelar con esta regulación.

De esta forma, se encuentran -entre otros- los siguientes propósitos u objetivos que se han sustentado como norte para la salvaguarda de la libre competencia:

- Promover la pluralidad de oferentes y demandantes en el mercado.
- Evitar las concentraciones de poder en el mercado, en especial, las acumulaciones de poder tanto económico como político.
- Promover la eficiencia económica.
- Proteger y tutelar el bienestar de los consumidores.
- Brindar oportunidades a pequeñas y medianas empresas, protegiéndolas ante el poder de las grandes empresas.
- Adecuada redistribución de la riqueza.
- Promover la ética en el comercio.

Más allá de la postura que se adopte, debemos indicar que la normativa en cada régimen jurídico - en general – establece cuál es el bien jurídico tutelado, aspecto que resulta de enorme trascendencia por cuanto, ante un planteo en vía jurisdiccional o administrativa, se generan aspectos de necesaria ponderación.

De esta forma, en las leyes de promoción y defensa de la competencia los diversos Parlamentos prevén cuál es el bien jurídico tutelado, marcando así una pauta tanto para el aplicador como para el juzgador.

El Profesor **Robert H. BORK** ha afirmado que:

“El lenguaje de los estatutos antimonopolio, sus antecedentes legislativos, las principales características estructurales de la ley antimonopolio y las consideraciones sobre el alcance, la naturaleza, la consistencia y la facilidad de administración de la ley indican que la ley debe guiarse únicamente por el criterio del bienestar del consumidor.” ²¹

III.4. Origen de la promoción y defensa de la competencia.

Los orígenes de la promoción y defensa de la competencia los encontramos en el derecho norteamericano (conocido como Antitrust Law), lo cual exige referenciarlo en forma ineludible. El mismo surgió a fines del siglo XIX como reacción respecto de los llamados “trusts”, siendo ésta una palabra que proviene del inglés y es definida como:

“grupo de empresas unidas para monopolizar el mercado y controlar los precios en su propio beneficio.” ²²

La historia del “Derecho Antitrust” es vasta y se expone de diversa forma por parte de los autores que la han abordado. En efecto, algunos especialistas refieren a que el mismo se comenzó a gestar ante la existencia de una situación en el mercado en que los precios en muchas áreas se habían elevado, dada la fijación en

²¹ **BORK, Robert H.** “The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself”, Editorial The Free Press, Estados Unidos, año 1993, Pág. 57. La traducción del inglés al español efectuada es propia de la autora de la presente tesis.

²² **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [2 de abril de 2023].

forma conjunta de precios por parte de aglomeraciones de empresas (incluso competidoras entre sí).

Otros autores manifiestan que ante la participación de los consumidores o de las empresas de menor porte en el mercado, se justificó la adopción de la normativa antitrust en Norteamérica.

De esta forma, la legislación sobre defensa de la competencia como sistema en sí mismo, tiene su inicio a través de la “Sherman Anti-Trust Act”²³ (“Ley Sherman”), la que fue sancionada en el año 1890.

Si bien los primeros años posteriores a su dictado transcurrieron con una aplicación escasa de sus postulados, con el paso del tiempo y teniendo presente diversas modificaciones legislativas, se ha desarrollado en Estados Unidos, una profusa jurisprudencia en la materia, que ha influido enormemente en la economía del país.

Los Artículos 1° y 2 de la Ley Sherman, disponen:

- **Artículo 1:** *“Los contratos, combinaciones en forma de trusts o conspiraciones que restrinjan el comercio...quedan declarados ilegales. Quien realice algún contrato o entre en alguna combinación o conspiración de las declaradas ilegales en esta Ley, será considerado culpable...y sancionado con multa... o prisión que no excederá de los tres años o ambas.”*
- **Artículo 2:** *“Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o acuerde o conspire con otras personas para monopolizar el comercio...será considerado culpable...y sancionado con multa o prisión que no excederá los tres años, o ambas.”*

La regulación normativa referida sustenta sus postulados en la concepción de que la concentración de poder es negativa o mala en sí misma, lo cual lleva a que muchas prácticas anticompetitivas sean castigadas por su configuración, es decir “per se”, sin perjuicio de que actualmente la jurisprudencia se ha aproximado

²³ La denominación obedece a que fue el Senador John Sherman, quien impulsó el dictado de dicha Ley.

a un desarrollo de la doctrina de la “rule of reason”, que implica la aplicación en términos de razonabilidad teniendo en cuenta si se afecta el interés general y si no existen justificaciones de eficiencia económica.

La doctrina es conteste en señalar que la Ley Sherman pecaba en ser ambigua, no permitiendo en ciertos casos, determinar con precisión qué tipo de prácticas resultaban prohibidas.

Posteriormente a la Ley Sherman, se dictaron dos Leyes trascendentes, que, conjuntamente con la citada, constituyen el sistema normativo norteamericano. Ellas son:

- Clayton Act (Ley Clayton) del año 1914. Ésta se caracterizó por no mantener la generalidad de su predecesora, en tanto determinó la ilegalidad de determinadas prácticas que implicaban situaciones de monopolización o circunstancias conexas, tales como la discriminación de precios, los contratos de exclusividad, etc. Además extendió la regla de la razón en su aplicación, lo que resultó novedoso.
- Federal Trade Commission Act (Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio) de 1914. La misma declara ilegales los métodos de competencia que afectan al comercio, o establece que son desleales, creando una agencia especializada en la materia que opera en el ámbito administrativo, donde se tratan temas de naturaleza civil.

Además de las disposiciones reseñadas, cabe mencionar otras normas dictadas con posterioridad, tales como la Ley Robinson Patman de 1936, la Ley Celler – Kefauver de 1950 y la Ley Hart-Scott-Rodino de 1976.

En los últimos años, han adquirido relevancia las opiniones generales emitidas por las agencias antitrust norteamericanas (Comisión Federal de

Comercio²⁴, y Departamento de Justicia²⁵), conocidas como “guidelines”, las que constituyen directrices que procuran fijar lineamientos para la aplicación de la normativa en la materia, expresando criterios para determinar la legalidad de las prácticas presuntamente anticompetitivas.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, resulta importante destacar que la defensa de la competencia en Estados Unidos de Norteamérica tiene como característica emanar en gran parte del cuño jurisprudencial.

En efecto, la jurisprudencia ha tenido una enorme incidencia en esta materia, siendo que incluso ha llegado a ordenar el fraccionamiento de empresas que alcanzan un monopolio y realizan prácticas anticompetitivas, como ser en los casos “E.E.U.U. c/Standar Oil” y “E.E.U.U. c/American Tobacco”, destacándose que la sanción en ambos fue el desmembramiento de las empresas en varias compañías.

También resulta trascendente señalar que la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado respecto de la acción del Estado cuando restringe o limita la competencia, debiéndose indicar la doctrina Noerr-Pennington, que excusa al Estado cuando sus decisiones son anticompetitivas, considerando que la normativa antitrust alcanza sólo a los privados, siendo que el gobierno actúa dentro de sus potestades normativas.

III.5. Regulación de la competencia en la Unión Europea.

El desarrollo del derecho de la competencia en Europa fue posterior al origen y desenvolvimiento del sistema en Norteamérica. En efecto, recién ya entrado el siglo XX fue que diversos países europeos comenzaron a esbozar disposiciones referidas a la temática analizada.

²⁴ **COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO (Federal Trade Commission):** <http://www.ftc.gov>. Es la única agencia federal que tiene jurisdicción en el ámbito de la protección del consumidor así como en materia de competencia en amplios sectores de la economía.

²⁵ **DEPARTAMENTO DE JUSTICIA (Department Of Justice).** Dentro de dicho Departamento, la Antitrust Division tiene competencia en la materia: <http://www.justice.gov/atr/>

El Tratado de Roma de 1957 creó la Comunidad Económica Europea, impulsando la creación del Mercado Único y procurando la integración económica. Los Artículos 85 y 86 de dicho Tratado contiene disposiciones de derecho de la competencia.

Las normas referidas son iguales a las de los Artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de La Comunidad Europea del año 1999, así como a los Artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de marzo de 2010.

Dichas normas declaran prohibidos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, siempre que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, siendo conductas incompatibles con el Mercado Común. Asimismo, se prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

En el caso europeo también debemos resaltar el trascendente rol que jugó la jurisprudencia. En efecto, si bien las primeras normas reseñadas datan del año 1957 fue mediante su aplicación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶ que se avanzó en el tema, produciéndose diversos fallos relevantes.

Asimismo, resultó trascendente el Reglamento N° 17/1962, cuya finalidad fue la de asegurar en el mercado común una aplicación uniforme de la normativa relativa a la libre competencia, facultando a la Comisión para formular decisiones destinadas a poner fin a las posibles infracciones a la regulación.

Posteriormente se dictó el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, el que ha sido modificado en variadas oportunidades pasándose de un sistema de autorización centralizado de notificación previa por parte de la Comisión respecto de los acuerdos susceptibles de limitar y afectar el comercio, a un control a posteriori, procurando aumentar el papel de las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del derecho

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

de competencia de la Unión Europea. Sin perjuicio de ello, siguen existiendo normas que establecen exenciones en bloque en relación a determinadas prácticas competitivas.

Por otra parte, la normativa sobre defensa de la competencia en los países miembros de la Unión Europea, en general siguen los lineamientos vigentes en el derecho comunitario.

Además, el Profesor **Germán COLOMA** ha manifestado que se trata de un campo en el que:

“se da en la práctica una supremacía del derecho comunitario por sobre el derecho de los Estados miembros, que se materializa en el hecho de que la mayoría de los casos importantes (los que afectan a varios países) quedan dentro de la jurisdicción de la Comisión Europea y fuera del alcance de las autoridades nacionales de competencia.” ²⁷

III.6. Regulación de la competencia en el MERCOSUR

El 26 de marzo de 1991, Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay suscribieron el Tratado de Asunción, con el objeto de crear el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Dicho Tratado, en su Artículo 1° establece básicamente sus objetivos, indicando que el Mercado Común que se crea, implica:

- ✓ La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

²⁷ **COLOMA, Germán**. “Defensa de la Competencia”, 2ª Edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 2009, Pág. 29.

- ✓ El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;
- ✓ La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;
- ✓ El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Por otra parte, el Artículo 4 del Tratado referido, dispone:

“En las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal. Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.”

En el año 1996, por Decisión N° 18/96, el MERCOSUR procuró crear un instrumento común que preserve y promueva la libre competencia en su ámbito, a efectos de contribuir a dar cumplimiento a los objetivos de libre comercio establecidos en el Tratado de Asunción, aprobándose el “Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR”, suscrito en Fortaleza (conocido como “Protocolo de Fortaleza”).

Posteriormente, se dictaron diversas disposiciones por parte del Consejo del Mercado Común aprobando el entendimiento sobre cooperación entre autoridades de defensa de los Estados, con:

- La Decisión N° 04/04 para la aplicación de las Leyes nacionales de

competencia.

- La Decisión N° 15/06 para el control de concertaciones económicas de ámbito regional.

Por Decisión N° 43/10 del 16 de diciembre de 2010, en Foz de Iguazú (República Federativa del Brasil), se aprobó el Acuerdo de Defensa de la Competencia²⁸ que deroga el Protocolo de Fortaleza y otras disposiciones que detalla, instaurando un sistema que incluye previsiones sobre:

- a) Consultas sobre aspectos relacionados en el acuerdo.
- b) Actividades de coordinación en general.
- c) Cooperación técnica e intercambio de información entre Estados.

Más recientemente, con fecha 21 de diciembre de 2017, en la ciudad de Brasilia (Brasil) se suscribió entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR.

En el mismo se prioriza al procedimiento competitivo como regla de actuación, definiendo al mismo como:

“un procedimiento de contratación pública en el que todos los proveedores interesados puedan presentar una oferta, en cuanto cumplan las condiciones pre-establecidas en los pliegos. Este tipo de procedimiento podría implicar, entre otros, la posibilidad de invitar a un número determinado de proveedores interesados a presentar ofertas, incluyendo proveedores del MERCOSUR; y simultáneamente, publicar el aviso en su portal electrónico y en cualquier otro medio que se entienda oportuno y conveniente, pudiendo abreviarse los plazos sujetos al ordenamiento jurídico vigente de cada Estado Parte.”

²⁸ El Acuerdo de Defensa de la Competencia realizado en Foz de Iguazú, fue adoptado por Uruguay, por Ley N° 19.173 de 20 de diciembre de 2013.

El Artículo 6 del Protocolo, bajo el acápite “Trato Nacional y No Discriminación”, dispone que los Estados Partes deben otorgar inmediata e incondicionalmente a los bienes y servicios de los otros Estados Partes y a los proveedores de los mismos, un trato no menos favorable que el trato más favorable que dicho Estado Parte otorgue a sus propios bienes, servicios, y proveedores, sin discriminaciones injustificadas.

Por Ley No. 20.037 del 20 de mayo de 2022, Uruguay aprobó el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR.

Como surge de todo lo expuesto, en general las normas de competencia en el ámbito del MERCOSUR reconocen la importancia de contar con legislaciones nacionales y compromisos entre las partes que favorezcan la competencia y eviten prácticas contrarias a ella.²⁹

En este ámbito, el órgano competente en materia de competencia es el Comité Técnico de Defensa de la Competencia (CT N° 5), instituido en el ámbito de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

²⁹ Posteriormente al acuerdo de Foz de Iguazú y a su amparo se dictó la Directiva N° 15/11.

IV.- LIBRE COMPETENCIA EN URUGUAY

IV.1. Antecedentes y regulación normativa.

En Uruguay, la libre competencia se puede extraer de las disposiciones constitucionales que refieren a los principios de libertad e igualdad.

En efecto, la libre competencia se inserta en el derecho a la **libertad**, en especial en la libertad de trabajo, cultivo, industria y comercio, e incluso debe considerarse la libertad de asociación. Al respecto, la Carta Magna Nacional preceptúa:

- *Artículo 7 Constitución Uruguay: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, **libertad**, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.”*
- *Artículo 10 inciso 2º Constitución Uruguay: “Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*
- *Artículo 36 Constitución Uruguay: “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.”*
- *Artículo 39 Constitución Uruguay: “Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley.”*

Por otra parte, debemos considerar las disposiciones constitucionales sobre el principio de **igualdad**, destacando la positivización de dicho principio en la Carta Magna:

- *Artículo 8 Constitución Uruguay: “Todas las personas son **iguales** ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.”*

Como se ha indicado, no se puede hablar de libre competencia si no partimos de un ámbito de igualdad, considerado tal un escenario donde exista equiparación en derechos, basado en un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales. Al respecto, en obra conjunta con el Dr. **Pablo ZAK**, hemos indicado con anterioridad que:

“La libre competencia debe tener como presupuesto inmediato la posición de igualdad jurídica de los diferentes competidores, siendo que un mercado regido por la libre competencia que permitiera discriminaciones injustificadas entre los competidores resultaría una contradicción en sí misma.

Es menester destacar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos permiten discriminaciones justificadas, esto es, limitaciones o restricciones al principio de libre competencia. Por ejemplo, el Artículo 36 de nuestra Constitución admite las limitaciones de interés general que establezcan las leyes, en lo que refiere al derecho a dedicarse al trabajo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita. Asimismo, el Artículo 85 numeral 17 de la Constitución establece como competencia de la Asamblea General, conceder monopolios e instituirlos a favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales.” ³⁰

En efecto, la igualdad de los competidores debe ser el punto de partida para hablar de libre competencia, sin perjuicio de lo cual pueden existir discriminaciones debidamente justificadas, las que, para proceder, deben estar establecidas por ley y por razones de interés general, o sea contar con garantías formales y sustanciales.

Los monopolios constituyen un claro ejemplo de limitación a la libertad de trabajo, industria y comercio, y por ello la Constitución prevé su procedencia únicamente mediante su disposición por ley dictada por el Poder Legislativo de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución para ello, la que debe ser

³⁰ **ZAK GODOY, Pablo y PINTO NERÓN, Ximena.** “Defensa de la Competencia y contratación pública”, publicado en “Derecho de la Competencia”, Autores Varios, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 507.

dictada por razones de interés general, y se requiere ciertas mayorías en la votación³¹, lo cual constituye una garantía para la población.

Es menester destacar que en cuanto a la desmonopolización no existen disposiciones específicas en la Constitución, por lo cual sin perjuicio de que claramente para ello se requiere el dictado de una ley, la doctrina se encuentra dividida respecto de si ese acto legislativo requiere cumplir con las mismas mayorías para su dictado por la teoría del paralelismo de las formas, o bien si no se exigen mayorías especiales en tanto al desmonopolizar, la actividad vuelve a la libre competencia.³²

Volviendo al análisis de las normas constitucionales aplicables a la temática objeto de estudio, debemos indicar que se comparte lo expresado por el Profesor **Enrique SAYAGUÉS LASO**, en cuanto sustentó que:

*“En el sector de actividades comprendidas en la libertad de trabajo, a que se refiere el citado art. 36, los particulares pueden dedicarse libremente a toda actividad lucrativa lícita y lo hacen en ejercicio de un derecho individual protegido constitucionalmente. Por consiguiente, tales actividades se desenvuelven normalmente en régimen de libre concurrencia”*³³

De esta forma, la libre competencia encuentra su sustento en disposiciones expresas de la Carta Magna uruguaya.

³¹ La Constitución uruguaya requiere en su Artículo 85 numeral 17 que el establecimiento de monopolios se efectúe mediante el voto de dos tercios del total de componentes de cada Cámara (Senadores y Representantes), siendo que si el monopolio se instituye a favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales, se exige mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

³² Al respecto, **LABAURE ALISERIS, Carlos**. “La desmonopolización en la reforma del Estado”, publicado en “Estudios sobre la reforma del Estado”, AAVV, Ed. AMF, Año 2002.

³³ **SAYAGUÉS LASO, Enrique**. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Ed. FCU, 9ª Edición, Montevideo – Uruguay, Setiembre de 2010, Pág. 103.

En cuanto a los primeros esbozos de regulación de rango legal de la temática de libre competencia en Uruguay los encontramos en el dictado de las siguientes disposiciones:

- Artículos 13 – 14 y 15 de la Ley N° 17.243 del 29 de junio de 2000 (denominada 2ª Ley de Urgencia)³⁴. En dichas normas se definían los principios generales en la materia, estableciendo como órgano de aplicación a la Dirección General de Comercio, Unidad Ejecutora del Ministerio de Economía y Finanzas, en el ámbito del Poder Ejecutivo.
- Artículos 157 y 158 Ley N° 17.296 del 21 de febrero de 2001 (Ley de Presupuesto Nacional). Se establecieron las funciones y facultades del órgano de aplicación, fijándose sanciones por incumplimiento.
- Leyes posteriores regularon funciones específicas en relación a órganos de regulación sectorial, caso del Banco Central del Uruguay (BCU), la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) y la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).

Cabe destacar que, ante la insuficiencia normativa y el desconocimiento por parte de los operadores de las disposiciones existentes ³⁵, en el año 2005 se dictó en Uruguay la Ley No. 18.159 del 20 de julio de 2005, por la que se reguló la libre competencia en forma orgánica y sistemática, conformando la primera ley específica de la temática en el país.

Posteriormente, recién una década después, por Artículo 205 de la Ley No. 19.355 del 30 de diciembre de 2015 se sustituyó una de las normas precedentes, y finalmente en el año 2019 se introdujeron modificaciones de impacto a la normativa, al sancionarse la Ley No. 19.833 del 2 de octubre de 2019.

³⁴ Denominada de dicha forma por el procedimiento de su aprobación, con iniciativa formulada por el Poder Ejecutivo mediante un Proyecto de Ley de urgente consideración (Constitución, artículo 168 numeral 7).

³⁵ El desconocimiento de dicha normativa, quedó de manifiesto en el estudio realizado por Equipos Mori en Julio de 2005. Consultado al 10/10/14 en <http://www.consumidor.gub.uy/informacion/index.php?IndexId=195>

Más recientemente, se introdujeron modificaciones por Leyes Nos. 19.996 de 3 de noviembre de 2021 y 20.075 de 20 de octubre de 2022.

IV.2. Ley N° 18.159 y modificativas.

La Ley No. 18.159 del 20 de julio de 2007 constituyó la primera normativa de rango legal que regula integralmente la libre competencia en Uruguay, constando de 32 Artículos.

Su Artículo 32 dispuso que sería reglamentada en lo pertinente por el Poder Ejecutivo dentro de los 120 días contados a partir de su promulgación. La reglamentación referida se dictó mediante la aprobación por parte del Poder Ejecutivo, del Decreto No. 404/007 del 29 de octubre de 2007.

El Artículo 205 de la Ley No. 19.355 introdujo modificaciones a las previsiones sobre sanciones y el 20 de setiembre de 2019 se dictó la Ley No. 19.833, disponiendo variaciones sustanciales al régimen imperante.

En efecto, dicha ley introdujo cambios fundamentales en el régimen de libre competencia, especialmente en cuanto previó prácticas prohibidas per se y modificó el régimen de control de las concentraciones. Sobre este aspecto, implicó pasar de un sistema de notificaciones a un sistema de autorizaciones previas, generando un cambio de paradigma derivado de un mayor control.

Posteriormente, por Decreto No. 194/020 de fecha 15 de julio de 2020 se introdujeron modificaciones a la reglamentación, procurando adecuar la misma al sistema normativo luego del cambio de las normas de rango legal.

IV.3. Objetivo de la normativa.

A menudo se discute, como se adelantó precedentemente, cuál es la razón para tutelar en los diversos ordenamientos jurídicos la libre competencia, lo cual se sintetiza en el objeto de la normativa que finalmente se dicta en cada país.

La cuestión pasa a ser entonces cuál es el bien jurídico tutelado, habiéndose indicado diversas posturas a lo largo de la evolución de la sociedad.

En la normativa uruguaya, el Artículo 1° de la Ley N° 18.159 establece que la misma tiene por objeto *“fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y a la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados”*.

Resulta con absoluta claridad que en Uruguay el bien jurídico tutelado es el bienestar de los **consumidores y usuarios actuales y futuros**.

Al analizar el trámite parlamentario que culminó con el dictado de la Ley No. 18.159 se advierte que el Subsecretario del Ministerio de Economía y Finanzas de la época, expresó:

“Entendemos que el proyecto de ley de promoción y defensa de la competencia es absolutamente imprescindible para contribuir a un clima de inversión y de negocios que colabore con el objetivo último de todo este marco que, en definitiva, es el bienestar de los uruguayos.” ³⁶

Comentando el objeto de la normativa uruguaya, el Economista **Leonardo ZIPITRÍA** afirmó que la protección a consumidores actuales y futuros:

³⁶ **COMISIÓN DE HACIENDA DE LA CÁMARA DE SENADORES**. Versión taquigráfica de la sesión del día 21 de diciembre de 2006 (Carpeta No. 493/2006, Distribuido No. 1457 del 21/12/06). Participaron por el Ministerio de Economía y Finanzas el Subsecretario Economista Mario Bergara, Director General de Comercio Economista Fernando Antía; por la Unidad de Desarrollo del Sector Privado Economista Luis Porto y el Asesor Economista Leandro Zipitria.

“...explicita que la competencia no es un fenómeno estático sino dinámico que requiere que las empresas crezcan saludables e inviertan hoy, de forma de satisfacer las necesidades de los consumidores de mañana. Por ello los procesos de decisión de las empresas que busquen su viabilidad futura, atiendan adecuadamente los requerimientos de inversión, y establezcan procesos de innovación y desarrollo de nuevos productos y procesos de producción, son la garantía para que los consumidores dispongan en el futuro de más y mejores productos... Con un marco competitivo saludable, las empresas encuentran en las propias reglas de juego la restricción a sus acciones.”³⁷

IV.4. Ámbito subjetivo de aplicación.

La Ley N° 18.159 en su Artículo 3 establece el ámbito de aplicación de sus disposiciones, el cual incluye con carácter amplio a todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas, con independencia de que las mismas persigan o no fines de lucro, siempre que dichas actividades se cumplan en territorio uruguayo o bien en el extranjero generando efectos en territorio nacional.

Ante la interrogante de si las disposiciones referidas alcanzan el obrar de las personas públicas, cabe concluir en forma afirmativa, sin dubitar. En efecto, las personas públicas (tanto las estatales como las no estatales) se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa objeto de estudio, siempre que desarrollen actividad económica, en los términos previstos en el Artículo 3 de la Ley No. 18.159.

³⁷ **ZIPITRÍA, Leonardo.** “Defensa de la Competencia. Una breve nota económica”, publicado en “Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo”, AAVV, PEREIRA CAMPOS, Santiago y RUEDA KRAMER, Daniel (Directores), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Octubre de 2008, Págs. 214 – 215.

En particular, respecto de las personas públicas estatales, se pueden identificar dos formas de actuación en actividad económica muy bien delimitadas:

a) Como oferente de bienes y servicios.

En este caso, el Estado se erige como un actor del mercado, desarrollando actividad económica. En el Derecho Administrativo, analizando los cometidos estatales, este obrar se podría incluir este obrar dentro de la intervención del Estado en la actividad privada³⁸. Dicha intervención puede efectuarse en régimen de monopolio, o bien, en un ámbito de libre competencia.

Cabe señalar que no todos los Organismos estatales ejercen cometidos vinculados a ello, tal como es el caso de aquellos que desempeñan los llamados “cometidos esenciales”, los que consisten en actividades o tareas que solo puede desarrollar el Estado, como ser el cometido de policía, relaciones exteriores, defensa nacional y actividad financiera del Estado.

En general, las que se destacan ofreciendo bienes y servicios en el mercado son las llamadas “empresas públicas”, constituidas por Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial e industrial.

b) Como demandante de bienes, servicios y obra pública. En este caso, nos encontramos ante la contratación pública, la cual desarrollan todas las personas públicas estatales, sin excepciones, dado que todas ellas deben efectuar compras para poder cumplir sus cometidos específicos.

De lo expuesto surge que no toda actividad del Estado será regida por la normativa de libre competencia, dado que no todas las tareas que los Organismos públicos desarrollan comprenden actuaciones de carácter económico.

³⁸ El gran Maestro **Enrique SAYAGUÉS LASO**, dividía a los cometidos estatales, indicando que uno de ellos era la intervención del Estado en la actividad administrativa. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, 9ª Edición, Ed. FCU, Montevideo – Uruguay, Setiembre de 2010, Págs. 101 – 102. Véase lo indicado al respecto en el Capítulo III.1.

En consecuencia, no quedan dudas de que la normativa de promoción y defensa de la competencia resulta aplicable a las Administraciones Públicas Estatales pero sólo en cuanto desarrollen actividad de carácter económico, con independencia de que las mismas persigan o no un fin de lucro, siempre que se efectúen en territorio nacional o desplieguen efectos en el mismo.

IV.5. Prácticas prohibidas.

El Artículo 2 de la Ley N° 18.159 prevé como excepción a los principios y reglas de la libre competencia las limitaciones establecidas por Ley, por razones de interés general. A su vez, el inciso final de la norma citada preceptúa que *“el ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por Ley, no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante”*.

Por otra parte la norma establece la prohibición del abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

Cabe señalar que la Ley No. 18.159 en el año 2007 previó como único régimen imperante en Uruguay, al igual que en otros países latinoamericanos, el de establecer un elenco de prácticas que únicamente estarían prohibidas en tanto tuvieran por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

La Ley No. 19.833 en el año 2019 modificó dicho aspecto, por lo que en la actualidad, existen dos grupos de prácticas prohibidas, a saber:

- a)** *Prácticas que se encuentran prohibidas en tanto tengan por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.*

Dichas prácticas se encuentran previstas en el Artículo 4 de la Ley N° 18.159 (en la redacción conferida por la Ley N° 19.833). Dicha norma establece un elenco de prácticas prohibidas, las que no tienen carácter taxativo sino que únicamente se establecen a título enunciativo.

En este caso, se trata de prácticas que son prohibidas en tanto el obrar económico del agente procure o implique afectar el mercado relevante, lo que lleva a que cada práctica deba analizarse en el contexto en que se produce, ahondando en su propósito o finalidad así como en sus efectos para poder determinar que la misma es pasible de ser sancionada.

Dicho tipo de prácticas se relacionan con la llamada regla de la razón que debe ser analizada tanto por el órgano de aplicación en la materia, así como eventualmente en vía jurisdiccional por el tribunal competente.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), órgano jurisdiccional separado del Poder Judicial que tiene a su cargo el proceso contencioso administrativo de anulación en Uruguay, por Sentencia No. 972 del 14 de diciembre de 2017 analizó la temática referida³⁹ e indicó: *“De acuerdo a lo previsto en el inciso 3o del artículo 2o de la LDC, surge que ésta adhiere al enfoque europeo de defensa de competencia en el sentido de que no considera ninguna conducta como anticompetitiva “per se” sino que toda conducta aparentemente anticompetitiva debe ser evaluada a la luz de la regla de la razón o “rule of reason”; es decir, por más que una conducta sea lo más objetivamente restrictiva de la competencia, puede llegar a no serlo si se demuestra que tal conducta es desplegada a efectos de compensar o contrarrestar aspectos negativos del mercado que se trate en cuestión.”*

³⁹ Cabe señalar que el pronunciamiento del TCA se produjo en vigencia de la redacción anterior de la norma. No obstante, se mantiene en la actualidad dicha previsión en lo referido a la aplicación de la regla de la razón en las prácticas previstas en el actual Artículo 4 de la Ley No. 18.159.

En la actualidad, las prácticas que se encuentran prohibidas en tanto se procure o implique afectar el mercado relevante se encuentran previstas en el Artículo 4 de la Ley No. 18.159 y son:

A) Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción.

B) Limitar o restringir la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o de consumidores.

C) Aplicar a terceros condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.

D) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos.

E) Impedir el acceso de competidores a infraestructuras que sean esenciales para la producción, distribución o comercialización de bienes, servicios o factores productivos.

F) Obstaculizar el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo.

G) Establecer zonas o actividades donde alguno o algunos de los agentes económicos operen en forma exclusiva, absteniéndose los restantes de operar en la misma.

H) Rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios.

I) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos.

b) Prácticas prohibidas por sí mismas (“per se”).

La Ley N° 19.833 en su Artículo 2, incorporó el **Artículo 4 Bis a la Ley N° 18.159**, estableciendo que ciertas prácticas, conductas o recomendaciones concertadas entre competidores que detalla, se declaran expresamente prohibidas.

Estas prácticas fueron establecidas **con carácter taxativo** y están prohibidas por el sólo hecho de configurarse, sin que aplique en el caso el análisis basado en la regla de la razón.

En efecto, establecer una conducta como prohibida por sí misma, implica que no sea necesario acreditar de qué forma la práctica impacta en el mercado por entender que el hecho de que se configure la misma de por sí corroe la competencia. En consecuencia, ante la acreditación de su configuración no opera ninguna situación de justificación.

Dichas prácticas son:

- 1) Establecer, de forma directa o indirecta, precios u otras condiciones comerciales o de servicio.
- 2) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios.
- 3) Dividir, distribuir, repartir, asignar o imponer porciones, zonas o segmentos de mercado de bienes o servicios, clientes o fuentes de aprovisionamiento.
- 4) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.
- 5) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos.

Algunas de estas prácticas adquieren una relevancia singular en materia de contratación pública, como es la que refiere a la existencia de pactos colusorios, por lo que será pasible de un análisis específico.

Una vez analizados los dos tipos de prácticas prohibidas, corresponde analizar el abuso de la posición dominante, en los siguientes términos:

❖ Abuso de posición dominante.

El Artículo 2 de la Ley N° 18.159 en sus incisos 3, 4 y 5 dispone:

“Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores. La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia.

El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante.”

En Uruguay el abuso de posición dominante no es permitido. Como supuestos de abuso de posición dominante se presenta a la discriminación de precios y las ventas atadas; el primero implica la diferenciación de precios de un

mismo bien ofrecido en diferentes segmentos del mercado, y el segundo supone para el consumidor la necesidad de comprar determinado bien para la obtención de otro.

También se pueden presentar como ejemplos los casos de imposición de precios abusivos, imposición de condiciones abusivas de contratación y la negativa a satisfacer pedidos.

La dificultad que se plantea al respecto consiste en constatar la configuración de dichas prácticas, debiendo destacar lo indicado por el Profesor argentino **Germán COLOMA**, en tanto señala que:

“La defensa de la competencia fracasa en general cuando se ve obligada a resolver casos en los cuales la conducta analizada son los precios excesivos o el aumento abusivo de precios. Por un lado, en casos como éstos suele faltar un estándar objetivo contra el cual comparar dichos precios para saber si verdaderamente implican un abuso explotativo de posición dominante. Por otro, la autoridad antitrust no es en general capaz de encontrar una solución al problema, ya que carece del poder y de los conocimientos técnicos para definir cuál es el precio correcto a cobrar y cómo debe evolucionar dicho precio en el futuro.”⁴⁰

El Artículo 6 de la Ley No. 18.159 establece lo que se entiende en cuanto a que uno o varios agentes gozan de una posición dominante en el mercado, que es cuando pueden afectar sustancialmente las variables relevantes de éste, con prescindencia de las conductas de sus competidores, compradores, o proveedores.

Se pueden presentar dos hipótesis de posición dominante:

- cuando una empresa es la única agente o, existiendo otros agentes no tiene una competencia sustancial;

⁴⁰ **COLOMA, Germán**. “Defensa de la Competencia”, 2ª Edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 2009, Pág. 324.

- cuando existen varias empresas concertadas, no existiendo competencia real entre ellas ni tienen competencia de terceros.

Existe “abuso” de posición dominante, cuando el operador económico, con el fin de lograr ventajas o causar perjuicios a otros, actúa en forma indebida con el objeto o con la consecuencia de impedir o restringir la competencia.

La mencionada conducta debe ser analizada conforme la regla de la razón, estudiando el poder de mercado del agente y si existe una defensa de eficiencia: costos menores, mayor productividad, imposibilidad de formas alternativas, y beneficio a los consumidores.

En cuanto a las concepciones que en derecho comparado se han hecho de la figura, tenemos dos grandes tendencias. En EE.UU se procura directamente evitar la posición dominante, controlando la formación de monopolios mientras que en la Unión Europea se sanciona a la posición dominante sólo cuando hay abuso de ella.⁴¹

IV.6. Mercado relevante.

El Artículo 5 de la Ley N° 18.159 establece que “a los efectos de evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, deberá determinarse cuál es el mercado relevante en el que la misma se desarrolla. Esto implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda. El órgano de aplicación establecerá los criterios generales para la determinación del mercado relevante”.

El mercado relevante por lo tanto, es el ámbito específico donde se desarrolla la conducta que afecta la competencia. Dicho ámbito debe ser delimitado en base

⁴¹ Ver **BERDAGUER, Jaime**. “Control de la concentración empresarial”, publicado en “Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo”, Ed. FCU, 1a Edición, Octubre de 2008, Págs. 107 – 136.

a la característica del producto o servicio ofrecido (por ejemplo: mercado del agua mineral o de los refrescos, y la posibilidad de que el consumidor sustituya un producto por otro sin que existan mayores diferencias), o el territorio en el cual se ofrece (la posibilidad de que una oferta sustituta ingrese con rapidez desde otra área geográfica).

Cuanto mayor posibilidad de sustitución de productos o servicios o ingreso desde otras áreas geográficas, mayor será el mercado relevante a analizar. La calificación de la conducta va a depender en buena medida de esta delimitación, puesto que, por ejemplo, no tendrá la misma consecuencia una imposición de precios en el mercado de los vinos, si se considera al mercado relevante exclusivamente en base a la comercialización de ese producto, que si la misma conducta se la analiza desde un mercado relevante definido como el de las bebidas alcohólicas. En este último caso, es probable que no se califique a la conducta como anticompetitiva en razón de la posibilidad de sustitución del producto y la no exclusión de otros competidores que comercializan otro tipo de bebidas.

Por Resolución N° 2/009 de 12 de mayo de 2009, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, estableció los criterios generales para determinar el mercado relevante:

“la determinación del mercado relevante debe integrar dos dimensiones de mercado: el mercado definido en función de bienes o servicios transados y el mercado definido geográficamente.”

De esta forma, en cuanto a la determinación en función de los productos o servicios, se estima que *“la sustituibilidad de los bienes o servicios debe analizarse tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta. Se deberá responder a las preguntas: ¿Qué conjuntos de variedades o marcas de bienes o servicios presentan un potencialmente alto grado de sustituibilidad entre sí para una proporción significativa de compradores, usuarios o consumidores? Y ¿existen otros productores dispuestos a comercializar el bien o servicio? “*

V.- LIBRE COMPETENCIA EN ESPAÑA

V.1. Antecedentes y regulación normativa.

En España, la libre competencia también se puede extraer de las disposiciones constitucionales que refieren a los principios de libertad e igualdad.

En efecto, la libre competencia se inserta en el derecho a la **libertad**, en especial en la libertad de empresa. Al respecto, la Carta Magna española preceptúa:

- *Artículo 1º Constitución: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la **libertad**, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”*
- *Artículo 9.2 Constitución: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la **libertad** y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. “*
- *Artículo 17.1 Constitución: “Toda persona tiene derecho a la **libertad** y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”*
- *Artículo 38 Constitución: “Se reconoce la **libertad** de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”*

Por otra parte, debemos considerar las disposiciones constitucionales sobre el principio de **igualdad**, destacando en la Carta Magna:

- *Artículo 14 Constitución: “Los españoles son **iguales** ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

A nivel legislativo, con fecha 17 de julio de 1989 se promulgó en España la Ley No. 16/1989, de Defensa de la Competencia, la que sustentó las bases de un sistema asentado en la existencia a nivel nacional del Servicio y el Tribunal de

Defensa de la Competencia como dos órganos administrativos especializados, con la finalidad de accionar contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas.

Posteriormente se introdujeron modificaciones, como ser la dispuesta por Ley No. 1/2002 de 21 de febrero de 2002 de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia y la correspondiente al Reglamento en el ámbito comunitario (CE) No. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de concentraciones y modernización de la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia centrada en el Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

En el año 2007, se dispuso la modificación al régimen de competencia en España, dictándose la **Ley No. 15/2007 de fecha 3 de julio de 2007**.⁴² Tal como se indicó en su Preámbulo:

“la presente Ley tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia según lo dispuesto en la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Para ello, la Ley parte de la experiencia adquirida en los últimos quince años mediante la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia y está guiada por cinco principios claros: garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la

⁴² La normativa española constituyó influencia directa de la Ley uruguaya, junto con el Artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y la Ley Argentina en la materia.

competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno.”

Por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero del año 2008 se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Años después, el 4 de junio de 2013 se promulgó la Ley No. 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la finalidad de contribuir a *“la seguridad jurídica y la confianza institucional”*, según se indica en su Preámbulo, por cuanto mediante la misma se evita la proliferación de Organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad.

Dicha Ley tuvo modificaciones posteriormente, hasta llegar al régimen actual.

V.2.- Ley N° 15/2007 y modificativas.

La Ley No. 15/2007 cuenta con cinco títulos que regulan los siguientes aspectos:

- Cuestiones sustantivas de la competencia. Se establece cuáles son las conductas restrictivas de la competencia, los principios de control en materia de concentraciones y el sistema de seguimiento y propuesta en ayudas públicas.
- Principales aspectos institucionales.
- Cuestiones procedimentales.
- Régimen sancionador.

Estableció como autoridad de competencia a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), sin perjuicio de los cometidos asignados a diversos Organismos en los sectores regulados.

Dicha Comisión se creó como el órgano encargado de aplicar la ley, así como promover y proteger el mantenimiento de una competencia efectiva en todos los sectores productivos, con competencia en todo el territorio nacional.

No obstante, posteriormente, la Ley No. 3/13 del 4 de junio de 2013, se eliminó la CNC, creándose la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el que constituye el órgano competente en la actualidad.

Resulta relevante destacar que el Artículo 11 de la Ley española No. 15/2007 refiere a las Ayudas Públicas brindadas por las Administraciones, disponiendo que la Comisión Nacional de la Competencia, podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus efectos sobre la competencia efectiva así como un procedimiento de informes y propuesta de la Comisión a las Administraciones Públicas dirigidos al mantenimiento de la competencia.

Se busca evitar que estas ayudas públicas no distorsionen el mercado, siendo que las mismas suponen beneficiar a determinadas empresas, quienes en definitiva, no competirán en igualdad de condiciones con las empresas que no reciben dicha ayuda y que además, contribuyen con sus tributos a la posibilidad de su otorgamiento.

V.3. Objetivo de la normativa.

En cuanto al objetivo de la normativa de promoción y defensa de la competencia, la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) lo ha vinculado con los cometidos del propio Organismo.

En ese sentido, expresa en su propio sitio web institucional:

“El objetivo principal de la CNMC es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en

todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Así como velar por una regulación eficiente.” ⁴³

De esta forma, el órgano competente reconoce como bien jurídico tutelado la protección de consumidores y usuarios, a la vez que reconoce su rol al respecto sumado a la necesidad de una regulación eficiente en la materia.

V.4. Ámbito subjetivo de aplicación

La Ley resulta de aplicación a los sujetos públicos o privados, estatales o no estatales, que desempeñan actividad económica. Al respecto, el Profesor **José Carlos LAGUNA DE PAZ**, ha afirmado que:

“Las normas de defensa de la competencia utilizan un concepto material de empresa, en el que es indiferente la forma jurídica de la entidad, su naturaleza pública o privada y su modo de financiación. Lo relevante es que lleve a cabo una actividad económica. No se aplican, pues, a las actividades que se organizan en base a criterios de solidaridad. Las autoridades administrativas no pueden tampoco ser sancionadas por prácticas anticompetitivas cuando ejerzan potestades públicas. No obstante, dicha actuación podrá ser anulada por contravenir las normas de defensa de la competencia. No se aplican tampoco a las restricciones amparadas en el derecho de la UE o en leyes estatales, ni a las conductas que sean objeto de regulación sectorial.” ⁴⁴

En efecto, en las normas de defensa de la competencia del derecho español debemos aplicar un concepto de empresa en sentido material, que resulta

⁴³ **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**. Sitio web institucional, consultado el 10 de mayo de 2023. Puede ser consultado en: <https://www.cnmcc.es/sobre-la-cnmcc/que-es-la-cnmcc#objetivo>

⁴⁴ **LAGUNA DE PAZ, José Carlos**. “Ámbito de aplicación del derecho de la competencia.”, en *Revista de Administración Pública*, 208, 17-49. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.01>, Año 2019.

coincidente con la interpretación que se ha realizado en el derecho de la Unión Europea. En consecuencia, lo que resulta trascendente para la aplicación de la normativa es la actuación de los sujetos como operadores económicos, resultando indiferente por ende, la naturaleza jurídica de la entidad.

De lo expuesto surge que sin lugar a dudas resulta aplicable la normativa de defensa de la competencia al obrar del Estado en tanto desempeña actividad económica, quedando excluida de su aplicación en principio, el desempeño de tareas vinculadas con el cumplimiento de otros cometidos, por ejemplo, en el caso de los servicios sociales.

V.5. Prácticas prohibidas.

En primer lugar, es necesario hacer una referencia al derecho comunitario, dada su trascendencia.

Al respecto, el **Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y *“que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.”*

Considerando dicha disposición, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Unión Europea distinguen dos tipos de restricciones a la competencia:

- Restricciones por el objeto: Son aquellas que tienen el potencial de restringir la competencia.
- Restricciones por el efecto: Se trata de prácticas o conductas que generaron una consecuencia que corroe la competencia.

Por su parte, el **apartado No. 3 del citado Artículo 101** establece que podrán ser declaradas inaplicables las previsiones anteriormente citadas cuando la conducta contribuya:

“a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”

Lo indicado conlleva a que, para determinar si se produjo en forma ilícita una conducta de las prohibidas por el objeto, como de las prohibidas por el efecto, se debe considerar las consecuencias que genera.

De lo expuesto surge que en el Unión Europea no existe la regla per se típica del derecho norteamericano clásico, sin perjuicio de que la tipificación de los dos tipos de conductas repercutirá en el ámbito probatorio.

Ingresando al derecho español, la Ley N° 15/2007 comienza su articulado refiriendo a las conductas colusorias. En este sentido, dispone:

“Artículo 1. Conductas colusorias.

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 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.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

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

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo

informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.”

De esta forma, surge que las conductas son analizadas bajo la regla de la razón (“rule of reason”), debiendo probarse, para su sanción, que tengan por objeto u efecto, impedir, restringir, falsear la competencia.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia brinda los argumentos para la persecución de las conductas prohibidas. Al respecto señala que:

“La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

*Para evitar que esta competencia sea afectada por determinados comportamientos de las empresas, perseguimos y sancionamos conductas anticompetitivas perjudiciales para los mercados.”*⁴⁵

Asimismo, resulta importante señalar que la Ley No. 15/2007 establece lo que podríamos denominar un principio de oportunidad. En efecto, la norma referida dispone:

“Artículo 5. Conductas de menor importancia.

Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar

⁴⁵ **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.** Expresión vertida en su página web: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/conductas-anticompetitivas#conductas> Consultada el 10 de mayo de 2023.

de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado.”

De esta forma surge que los efectos de las conductas son por demás relevantes siendo que, si la conducta es de escasa importancia y no es capaz de afectar a la competencia en forma significativa, no se aplicarán las prohibiciones establecidas en la ley.

Especial atención merece el análisis del abuso de posición dominante, a saber:

❖ Abuso de posición dominante.

El **Artículo 2 de la Ley No. 15/2007**, bajo el acápite “Abuso de posición dominante” dispone:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”

De esta forma, lo que se prohíbe no es la posición dominante sino el abuso de dicha posición, siendo que la prohibición se aplicará incluso en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

Por su parte, el Artículo 4 de la mencionada Ley preceptúa que las prohibiciones establecidas se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin amparo legal.

V.6. Mercado relevante.

El término mercado relevante como tal aparece mencionado en una única oportunidad en forma expresa en la Ley No. 15/2007. ⁴⁶

⁴⁶ En efecto, en el Artículo 8 de la Ley No. 15/2007 se regula el ámbito de aplicación del procedimiento de concentración económica, indicando que el mismo regirá cuando ocurra alguna de las circunstancias que detalla, entre las que refiere a:

*“Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del **mercado relevante** de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo...”*

No obstante, en gran cantidad de disposiciones de la normativa referida se hace mención al mercado y al impacto de las conductas en el mismo, de lo que surge que resulta trascendente delimitar el mismo para el abordaje de las prácticas que en él se producen.

Si analizamos los pronunciamientos en la materia, advertiremos el análisis del mercado relevante caso a caso, operando los mismos elementos que se indicaron en el caso de Uruguay, recurriéndose a conceptos de la Economía y estudiando el producto, el sector geográfico donde se desempeña, la elasticidad de la demanda, la sustituibilidad del producto, etc.

VI.- ÓRGANOS DE APLICACIÓN EN MATERIA DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

VI.1. Generalidades.

Existe vasta historia en la creación de las autoridades de competencia, también llamadas órganos de aplicación en materia de promoción y defensa de la competencia.

Resulta fundamental que el diseño institucional sea acorde a las necesidades, pues de ello – en gran parte – dependerá la efectividad del régimen todo. En ese sentido, comparto lo sustentado por el Dr. **Martín THOMASSET** en tanto afirma que:

“Un adecuado diseño institucional tendrá especial trascendencia, pues si no existe un organismo sólido, con marcada presencia en los mercados, la ley se convertirá en letra muerta. La mejor legislación podrá devenir en un esfuerzo estéril si no es acompañada de un órgano de control adecuado a las necesidades... Naturalmente no existen soluciones infalibles, por lo que el éxito de esta empresa dependerá también de factores externos, por ejemplo las características de cada país.”⁴⁷

En el mismo sentido, **Germán COLOMA** indicó:

“La eficacia de la política de defensa de la competencia no depende sólo de su capacidad para encuadrar determinadas conductas como infracciones y para resolver determinados problemas de eficiencia a través de condicionamientos estructurales o de conducta. También tiene que ver con la posibilidad de generar un

⁴⁷ **THOMASSET, Martín**. “Órganos de aplicación de la ley de defensa de la competencia”, publicado en “Derecho de la Competencia”, Autores Varios, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 307.

ordenamiento jurídico que sea aceptado y respetado por los agentes económicos y de contar con instituciones que sean capaces de aplicar dicho ordenamiento.”⁴⁸

De esta forma surge el impacto que tiene el diseño de las autoridades de competencia para que régimen todo sea efectivo.

Se ha indicado por parte de la doctrina que en los países en que la aplicación del derecho antitrust es reciente, las posturas iniciales en cuanto a criterios de aplicación de las normas por parte de la o las autoridades de competencia resultan fundamentales, ya que la formulación de una jurisprudencia consolidada por parte de los órganos más altos desde el punto de vista jerárquico, en general es lenta y lleva un tiempo que la misma se conforme.

En derecho comparado el sistema de control se ha dividido principalmente en dos vertientes:

- **Sistema de agencia única**, donde es una la autoridad de promoción y defensa de la competencia. Este régimen lo encontramos – entre otros – en la Unión Europea, Argentina y México.
- **Sistema de agencia doble**, donde se prevé la actuación de dos Organismos, con competencias diversas en la materia. Este régimen opera en Estados Unidos, Chile y Brasil, entre otros.

Por ejemplo, el régimen norteamericano de doble agencia instaura al Departamento de Justicia por un lado y a la Comisión Federal de Comercio por otro. El primero de ellos obra como fiscalía mientras que la segunda actúa como juzgadora de las conductas. Este sistema tiene la ventaja de separar las funciones de fiscalización y de decisión, asegurando importantes garantías a la hora de las decisiones.

⁴⁸ **COLOMA, Germán.** “Defensa de la Competencia”, 2ª Edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 2009, Pág. 503.

Por otra parte, existe la posibilidad de clasificar los diversos sistemas al considerar la vinculación de las autoridades de competencia respecto del poder político. De esta forma, debemos indicar que en los sistemas de agencia única, en su mayoría, los organismos tienen una dependencia directa de las autoridades ejecutivas, mientras que en los sistemas descentralizados el Organismo que juzga las conductas tiene una mayor autonomía.

En los casos en que las agencias tienen una dependencia política de las autoridades ejecutivas, los regímenes en general prevén la incorporación de una instancia judicial de apelación. Tal es el caso de la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De esta forma, la justicia va formando una jurisprudencia coherente definiendo el alcance del derecho de la competencia.⁴⁹

Asimismo, debemos considerar la situación referida a la creación de Organismos reguladores independientes, cuyos antecedentes se remontan al año 1887 en Estados Unidos.

En efecto, en ese año el Congreso de Estados Unidos encomendó la regulación del sector ferroviario a la Comisión de Comercio Interestatal (ICC), entidad independiente con competencia en la materia.

Posteriormente, en el año 1914 es que se crea la Comisión Federal de Comercio, generándose luego el sistema de doble agencia al que hemos referido precedentemente, propio de su estructura administrativa.

Contrariamente a ello, en los países europeos se produjo la nacionalización de empresas prestadoras de servicios públicos, destacándose también la creación de sociedades públicas con el mismo fin.

Tal como se expresa en el Preámbulo de la Ley española No. 3/2013:

“Por otro lado, las corrientes europeas de los años setenta del siglo pasado cristalizaron en fórmulas organizativas independientes a la búsqueda de una

⁴⁹ **COLOMA, Germán.** “Defensa de la Competencia”, 2ª Edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 2009, Págs. 504 – 508.

neutralidad y criterios de especialización técnica en sectores con presencia de intereses sociales muy relevantes, como el bursátil, el de la protección de datos informáticos o el audiovisual.

Confluyendo con las anteriores tendencias, no sería hasta los años ochenta y noventa cuando un amplio conjunto de países de la actual Unión Europea, incluido España, impulsado por las sucesivas directivas reguladoras de determinados sectores de red, tales como la energía, las telecomunicaciones o el transporte, llevó a cabo un intenso proceso liberalizador en el marco del mercado único, que trajo consigo reformas tendentes a asegurar la competencia efectiva en los mercados, la prestación de los servicios universales y la eliminación de las barreras de entrada y las restricciones sobre los precios.”

Es por ello que se generó la problemática basada en determinar si la promoción y defensa de la competencia debía estar a cargo de una autoridad de competencia o si, por el contrario, correspondía a los Organismos sectoriales el control en los sectores regulados. En varios casos, como sucedió en España, se dispuso la pluralidad de autoridades dado que se confió a los órganos reguladores la actuación en la materia.

La misma discusión se produjo en los países latinoamericanos. Ejemplo de ello lo denota la evolución en Uruguay, donde la primera ley específica y propia en materia de libre competencia en el año 2007, encargó el cometido de promoción y defensa de la competencia a una autoridad con competencia a nivel nacional, pero dejó en manos de los órganos reguladores la competencia en los respectivos sectores, utilizando una técnica legislativa inadecuada que generó grandes problemas para determinar quiénes tenían competencia en la materia, como analizaremos en el presente abordaje.

Es menester indicar que luego de una larga evolución, a fines de la década del 2000 y principios de la de 2010, se produjo una tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades de competencia.

En efecto, en diversos sistemas normativos se procuró la fusión de autoridades que se vincularan con un único sector, o bien con sectores de estrecho lazo, generando el pasaje de lo que se dio en llamar modelo unisectorial a una estructura de convergencia orgánica en actividades que tuvieran similitud.

Por otra parte, se manejó la opción de concentrar en la autoridad de competencia las diversas actividades, incluyendo la de los reguladores.

Son múltiples los argumentos que se han sustentado para fundamentar los cambios de postura referidos. Entre ellos, se han manejado las siguientes:

- Optimización de las economías de escala.
- Minimizar el riesgo de la captura del regulador, por cuanto al encontrarse fusionadas las autoridades que atienden a sectores regulados, disminuye la incidencia de cada sector puntual.
- Mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al contar con mejor información.

De esta forma, analizaremos la evolución en los regímenes de Uruguay y de España, introduciéndonos en los sistemas actuales.

VI.2. Los órganos de aplicación en Uruguay

VI.2.1.- Régimen inicial

Anteriormente a la vigencia de la Ley N° 18.159, la competencia en materia de defensa de la competencia era de la Dirección General de Comercio (DGC), órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas, ubicada por ende, dentro del sistema orgánico Poder Ejecutivo.

Se plantearon diversos aspectos respecto de dicho extremo. En efecto, durante el trámite parlamentario que culminó con el dictado de la normativa actualmente vigente, se señaló que la competencia de la DGC en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas implicó la inexistencia de *“un ámbito específico, con potestades específicas dentro de la Dirección como para operar razonablemente”*.⁵⁰ Asimismo, se expresó que la DGC *“por un tema de conflicto de intereses”* no era *“un ámbito adecuado para que un tribunal de la competencia opere.”*⁵¹

Cabe destacar que inicialmente, cuando se proyectó la Ley de promoción y defensa de la competencia, se planteó la creación de un Tribunal en la materia. No obstante, posteriormente se modificó, por lo que finalmente se creó como órgano de aplicación la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC), la que ejerce exclusivamente función administrativa.

De esta forma en Uruguay, el órgano de aplicación en la materia es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, órgano desconcentrado en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas, que forma parte así del sistema orgánico Poder Ejecutivo.

Al respecto, el Artículo 21 de la Ley No. 18.159 establece:

“(Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia).- El órgano de aplicación de las disposiciones de la presente ley será la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, que funcionará como órgano desconcentrado en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas.

El funcionamiento de la Comisión se ajustará a lo que disponga el reglamento que la misma habrá de dictar, que contendrá como mínimo el régimen de convocatoria, deliberación, votación y adopción de resoluciones.”

⁵⁰ **BERGARA, Mario.** Expresiones vertidas en su carácter de Subsecretario del Ministerio de Economía y Finanzas, en la comparecencia del día 16/11/05 ante la Comisión de Hacienda. Versión taquigráfica N° 355 de 2005, Carpetas de la Comisión de Hacienda N° 298, 104 y 621 de 2005.

⁵¹ **BERGARA, Mario.** Expresiones vertidas en la ocasión citada precedentemente.

Cabe señalar que, respecto de los órganos de aplicación de la normativa de promoción y defensa de la competencia, en Uruguay se ha producido una gran evolución, que se indicará a continuación.

VI.2.2 Régimen anterior al año 2019

Desde su conformación al amparo de la Ley No. 18.159, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia se erigió como órgano de aplicación en la materia.

No obstante, se produjo una gran discusión en relación a quién tenía competencia en los sectores regulados.

Ello por cuanto el Artículo 27 de la Ley No. 18.159 inicialmente dictado, bajo el acápite “Sectores regulados”, establecía: *“en los sectores que están sometidos al control o superintendencia de órganos reguladores especializados, tales como el Banco Central del Uruguay, la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua y la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, la protección y fomento de la competencia estarán a cargo de dichos órganos.”*

De esta forma, las actividades relacionadas con la libre competencia vinculadas a los sectores regulados, eran competencia propia de los órganos reguladores, siendo que para el cumplimiento de tal tarea, podían efectuar consultas no vinculantes a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia en los casos en que se consideraran necesario.

Asimismo, debían ser noticiados por la Comisión al momento de expedirse sobre la pertinencia de investigaciones que se hubieran iniciado de oficio o por denuncia.

En primer lugar, debemos destacar el alcance de la actuación en dicho período de los siguientes órganos reguladores:

- Banco Central del Uruguay (BCU).
- Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).
- Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA).

A efectos de tener presente cuál ha sido el ámbito del obrar de estos Organismos en el período referido, sucintamente podemos indicar los cometidos de cada uno de ellos de la siguiente forma:

1) **BANCO CENTRAL**.⁵²

El Banco Central del Uruguay fue creado por la Constitución de la República, como Ente Autónomo⁵³, siendo que el Artículo 196 de la Carta Magna vigente dispone:

“Habrá un Banco Central de la República, que estará organizado como Ente Autónomo y tendrá los cometidos y atribuciones que determine la Ley aprobada con el voto de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara.”

Su Carta Orgánica fue dispuesta por Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, con las modificaciones introducidas posteriormente.

⁵² Sitio web del Banco Central al 23/2/23: www.bcu.gub.uy

⁵³ El Banco Central es uno de los denominados “Entes Autónomos necesarios”, por cuanto la Constitución de la República prevé su existencia bajo dicha modalidad.

La misma creó la Superintendencia de Servicios Financieros, a quien le compete el control de las personas jurídicas que tengan por objeto la actividad financiera y/o aseguradora.

El Banco Central desempeña un rol fundamental en la conducción de la economía, teniendo a su cargo también, el control sobre las Bolsas de Valores e intermediarios financieros, así como respecto de las sociedades administradoras de fondos de inversión y las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAPs).

2) UNIDAD REGULADORA DE SERVICIOS DE ENERGÍA Y AGUA (URSEA) ⁵⁴

La Ley N° 17.598 creó la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo. No obstante, el Artículo 238 de la Ley N° 19.889 del 9 de julio de 2020 modificó dicha normativa, pasando a establecer que la URSEA es un Servicio Descentralizado.

La URSEA es un órgano regulador y de control, cuyo ámbito de actuación refiere a actividades relativas a:

- a) Energía eléctrica (generación, importación, trasmisión, distribución y comercialización).
- b) Combustibles (combustibles líquidos, y biocombustibles como el gas natural, y el gas licuado a presión (GLP), conocido como supergás, comprendiendo actividades de importación, producción, transporte, envasado y distribución hasta la expedición final de los mismos).
- c) Agua (producción de agua potable, así como su distribución, recolección, tratamiento y disposición final a través de sistemas de saneamiento).
- d) Hidrógeno.

⁵⁴ Sitio web oficial al 23/2/23: <https://www.gub.uy/unidad-reguladora-servicios-energia-agua/>

El Artículo 15 de la Ley N° 17.598 en la redacción vigente, establece que la URSEA dispondrá de los siguientes cometidos y poderes jurídicos específicos:

- En materia de energía eléctrica:

- Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas.
- Ejercer los cometidos y poderes atribuidos por el Artículo 3 de la Ley N° 16.832, entre los que se encuentran controlar el cumplimiento de la normativa, dictar Reglamentos en materia de seguridad y calidad de los servicios prestados, de los materiales y de los dispositivos eléctricos a utilizar, dictar normas y procedimientos técnicos de medición y facturación de los consumos de control, y uso de medidores e interruptores y reconexión de suministros, así como asesorar al Poder Ejecutivo en determinadas cuestiones, etc.

- En materia de gas:

- Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas.
- Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar en las diversas actividades que comprende la industria del gas.
- Fijar los requisitos necesarios para la autorización de la prestación con seguridad de los servicios comprendidos en la industria del gas, tanto por entidades públicas como por empresas privadas, controlando su cumplimiento.
- Determinar reglas y procedimientos técnicos de medición y de facturación de los consumos, así como de control y uso de medidores y reconexión de servicios.
- Fijar reglas y patrones industriales que aseguren el libre acceso a las redes de los agentes, así como el correcto y seguro funcionamiento de las conexiones, controlando su cumplimiento.

- En materia de petróleo, de combustibles y de otros derivados de hidrocarburos y agrocombustibles:
 - Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas.
 - Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios, así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar.
 - Fijar las condiciones mínimas para la autorización de la prestación con seguridad de actividades del sector, tanto por entidades públicas como por empresas privadas, controlando su cumplimiento.
 - Regular el mercado conforme a las políticas que le encomiende el Poder Ejecutivo. Esa regulación admitirá incluir, entre otras disposiciones o líneas de acción, la posible fijación de precios máximos intermedios, posibles limitaciones de participación en más de una de las etapas de la distribución de combustibles, así como plazos máximos en las vinculaciones entre agentes, u otras condiciones de estructuración o prestación que razonablemente lo justifiquen conforme al interés público.

- En materia de agua potable y de saneamiento:
 - Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas.
 - Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar.
 - Determinar reglas y procedimientos técnicos de medición y facturación de los consumos, así como de control y uso de medidores y reconexión de servicios.

- En materia de uso eficiente de la energía:
 - Velar por el cumplimiento de la ley de uso eficiente de la energía.

- En materia de hidrógeno exclusivamente como fuente de energía secundaria:

- Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas.
- Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios, así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar.

Tal como surge de lo indicado precedentemente, a efectos de llevar adelante sus cometidos, la URSEA cuenta con potestad normativa, así como de control y sancionatoria.⁵⁵

La mayor cantidad de casos de libre competencia en los que URSEA ha intervenido con anterioridad a la modificación normativa del año 2019 en dicha materia refieren a supergás, GLP, combustibles líquidos, contratos de mercado eléctrico, y contratos de compraventa de energía que lleva a cabo la Administración de Usinas y Transmisiones Eléctricas (UTE).

3) UNIDAD REGULADORA DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES (URSEC)⁵⁶

La Ley N° 17.296 en su Artículo 70, creó la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo⁵⁷, gozando de autonomía técnica. No obstante, el Artículo 256 de la Ley N° 19.889 del 9 de julio de 2020 modificó dicha normativa, pasando a establecer que la URSEC es un Servicio Descentralizado.

⁵⁵ Cfr. **DELPIAZZO, Carlos**. "Derecho Administrativo Especial", Vol. 1, Ed. AMF, 2ª edición, Montevideo – Uruguay, Marzo de 2009, Pág. 567.

⁵⁶ Sitio web oficial al 20/3/23: <https://www.gub.uy/unidad-reguladora-servicios-comunicaciones/>

⁵⁷ En este caso, al igual que respecto de URSEA, se entendía que se trataba de desconcentración no privativa, en tanto la normativa asignaba al Poder Ejecutivo la potestad de avocación.

La URSEC ejerce la competencia atribuida por la normativa sobre las siguientes actividades y sectores:

- Telecomunicaciones entendidas como toda transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.
- Admisión, procesamiento, transporte y distribución de correspondencia realizada por operadores postales.

De esta forma, la URSEC dispondrá de los siguientes cometidos y poderes jurídicos específicos, según lo disponen los Artículos 73 y 90 de la Ley N° 17.296 en su redacción actual:

▪ En materia de telecomunicaciones:

- Regulación y control de las actividades en materia de telecomunicaciones, así como de los respectivos operadores.
- Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas.
- Administrar, defender y controlar el espectro radioeléctrico nacional.
- Otorgar autorizaciones precarias para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico nacional, así como para la instalación y operación de estaciones radioeléctricas, salvo las excepciones establecidas normativamente.
- Cuando previa autorización del Poder Ejecutivo, y conforme al reglamento a dictar por el mismo, se asigne el uso de frecuencias por la modalidad de subasta u otro procedimiento competitivo, deberá comunicarse en el llamado a interesados, el plazo de vigencia de la autorización que a tal efecto indique el Poder Ejecutivo y sus garantías de funcionamiento, bases sobre las cuales se autorizará el uso de las frecuencias.

- Controlar la instalación y funcionamiento, así como la calidad, regularidad y alcance, de todos los servicios de telecomunicaciones, sean prestados por operadores públicos o privados.
- Formular normas para el control técnico y manejo adecuado de las telecomunicaciones, así como controlar su implementación.
- Fijar reglas y patrones industriales que aseguren la compatibilidad, interconexión e interoperabilidad de las redes, incluida la red pública, así como el correcto y seguro funcionamiento de los equipos que se conecten a ellas, controlando su aplicación.
- Presentar al Poder Ejecutivo para su aprobación, proyectos de reglamento y de pliegos de bases y condiciones para la selección de las entidades autorizadas al uso de frecuencias radioeléctricas.
- Ejercer la supervisión técnica y operativa de las emisiones de radiodifusión y de televisión, cualesquiera fuere su modalidad.
- Mantener relaciones internacionales con los organismos vinculados a su ámbito de competencia.
- Hacer cumplir la normativa vigente y actos jurídicos habilitantes de la prestación de servicios comprendidos dentro de su competencia.
- Asesorar al Poder Ejecutivo respecto a los requisitos que deberán cumplir quienes realicen actividades comprendidas dentro de su competencia.
- Dictaminar preceptivamente en los procedimientos de concesión y autorización para prestar servicios comprendidos dentro de su competencia, los que deberán basarse en los principios generales de publicidad, igualdad y concurrencia.
- Ejercer la potestad normativa mediante el dictado de actos administrativos para el ejercicio de su competencia en materia de regulación y control de las actividades y servicios que le correspondan.
- Requerir a los prestatarios públicos y privados, todo tipo de información para el cumplimiento de sus cometidos.

- Dictar normas técnicas con relación a dichos servicios.
- Controlar el cumplimiento por parte de los operadores públicos y privados, prestadores de servicios comprendidos dentro de su competencia, de las normas jurídicas y técnicas aplicables, pudiendo requerirles todo tipo de información.
- Proteger los derechos de usuarios y consumidores.
- Determinar técnicamente las tarifas y precios sujetos a regulación de los servicios comprendidos dentro de su competencia, elevándolos al Poder Ejecutivo para su consideración y aprobación.
- Aplicar determinadas sanciones que se indican, y emitir dictamen preceptivo para remitir al Poder Ejecutivo para la adopción de otro tipo de sanciones que se detallan.
- Constituir, cuando corresponda, el Tribunal Arbitral que dirimirá en los conflictos entre partes que se prevén.
- Convocar a audiencia pública cuando lo estime necesario, previa notificación a todas las partes interesadas, en los casos de procedimientos iniciados de oficio o a instancia de parte, relacionados con incumplimientos de los marcos regulatorios respectivos.
- Asesorar preceptivamente al Poder Ejecutivo en materia de convenios internacionales u otros aspectos comprendidos en su competencia.
- Cumplir toda otra tarea que le sea cometida por la ley.
 - En materia de servicios postales:
 - La regulación y control de las actividades en materia de servicios postales, así como de los respectivos prestatarios.
 - Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas.
 - Ejercer la potestad normativa a los efectos de regular técnicamente los servicios postales, de conformidad con las normas legales y con los convenios y acuerdos internacionales que refieren a ellos.

- Autorizar la prestación de servicios postales a terceros, estableciendo los requisitos necesarios para el otorgamiento de dichas autorizaciones y controlar su cumplimiento o, en su caso, asesorar preceptivamente al Poder Ejecutivo en el otorgamiento de las autorizaciones u otros títulos habilitantes para la prestación de servicios postales.
- Llevar el registro de empresas autorizadas a prestar servicios postales, en el que deberán inscribirse también los permisarios habilitados.
- Ejercer la potestad normativa mediante el dictado de actos administrativos para el ejercicio de su competencia en materia de regulación y control de las actividades y servicios que le correspondan, la que deberá basarse en la aplicación de tarifas que tomen en consideración la evolución de los costos y otros criterios técnicos correspondientes, sin perjuicio de los lineamientos respecto a la política tarifaria que el Poder Ejecutivo incorpore.
- Requerir a los prestatarios postales públicos y privados, todo tipo de información para el cumplimiento de sus cometidos.
- Formular normas para el control técnico y manejo adecuado de los servicios postales, así como controlar su implementación.
- Mantener relaciones internacionales con los organismos vinculados a su ámbito de competencia.
- Hacer cumplir la normativa, y actos jurídicos habilitantes de la prestación de servicios comprendidos dentro de su competencia.
- Aplicar determinadas sanciones que se indican, y emitir dictamen preceptivo para remitir al Poder Ejecutivo para la adopción de otro tipo de sanciones que se detallan.
- Constituir, cuando corresponda, el Tribunal Arbitral que dirimirá en los conflictos entre partes que se prevén.
- Convocar a audiencia pública cuando lo estime necesario, previa notificación a todas las partes interesadas, en los casos de procedimientos iniciados de oficio o a instancia de parte, relacionados con incumplimientos de los marcos regulatorios respectivos.

- Controlar el cumplimiento por parte de los operadores públicos y privados, prestadores de servicios comprendidos dentro de su competencia, de las normas jurídicas y técnicas aplicables, pudiendo requerirles todo tipo de información.
- Proteger los derechos de usuarios y consumidores.
- Asesorar al Poder Ejecutivo en materia del régimen de servicio postal universal, incluyendo responsabilidades y parámetros del mismo.

VI.2.3. Problemas suscitados en materias reguladas

Es menester indicar que la normativa inicialmente dictada planteaba diversos problemas específicamente en relación a los sectores regulados.

En efecto, analizando el tenor literal del Artículo 27 de la Ley N° 18.159, se destaca que al referir a los sectores regulados, la norma indicaba que serían competentes órganos reguladores especializados **“tales como”** el Banco Central, URSEA y URSEC.

La discusión que se suscitó entonces refería a si los tres órganos reguladores especializados a los que se mencionaba eran los únicos con competencia en la materia, o bien, si la mención se realizaba con carácter enunciativo.

Este aspecto implicó la configuración de problemas de carácter práctico de gran trascendencia, pues se discutió ampliamente la competencia de otros órganos en casos concretos.⁵⁸

⁵⁸ Es necesario indicar que si se estudia el trámite parlamentario que culminó con el dictado de la Ley No. 18.159, se advierte que en varias ocasiones se hizo referencia a que los reguladores eran el BCU, URSEA y URSEC, pero en la eventualidad de que pudieran crearse otros en el futuro es que se planteó la redacción que finalmente se adoptó. En ese sentido, cabe ver las exposiciones de los legisladores Alfredo ASTI y Alberto BRECCIA, así como la comparecencia del Cr. Mario BERGARA ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores el 21 de diciembre de 2006.

En este sentido, una de las situaciones que se dirimió bajo la vigencia del texto original de la Ley No. 18.159 refirió a la problemática planteada en cuanto a cuál era el órgano competente en lo relativo a la actividad de los juegos de azar.

Las posturas sustentadas fueron las siguientes:

ÓRGANO	POSTURA SUSTENTADA SOBRE ARTÍCULO 27 LEY 18.159
Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia	Carácter taxativo de los órganos reguladores
Ministro de Economía y Finanzas siguiendo dictamen de Sala de Abogados de la Asesoría Jurídica	Enumeración de órganos reguladores con competencia en la materia no es taxativa
Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo	Carácter taxativo de los órganos reguladores
Tribunal de lo Contencioso Administrativo	Enumeración de órganos reguladores con competencia en la materia no es taxativa

La situación indicada se dio de la siguiente forma: la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, por Resolución No. 51/2009 de fecha 24 de noviembre de 2009, en la redacción otorgada por Resolución No. 18/2010 del 8 de abril de 2010 dispuso – entre otras cosas – declarar que la Banca de Cubierta Colectiva de Quiniela de Montevideo ha incurrido en prácticas anticompetitivas al negar durante al menos dos años, la instalación de una o más terminales necesarias para el desarrollo del juego electrónico en el local de quien denunció tal hecho, promoviendo posteriormente su cese como agente.

Asimismo, ordenó el cese inmediato de la conducta consistente en impedirle la prestación del servicio, imponiéndole sanción.

Ante ello, la Banca de Cubierta Colectiva de Quinielas interpuso Recursos Administrativos, y ante su denegatoria, promovió proceso contencioso administrativo de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La Banca en ese proceso jurisdiccional solicitó la anulación del acto administrativo dictado por la Comisión, manifestando que la misma era un órgano incompetente para el contralor de la actividad del juego, por cuanto se trataba de un sector regulado con un ente regulador que era la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas, quien se había expedido de forma favorable sobre la dada de baja del Sub Agente denunciante, por lo cual dicho acto había devenido en firme.

Durante el transcurso del proceso, se realizó una Sala de Abogados de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, que emitió su Dictamen el 12 de julio de 2012 el que analizaba cuál era el Organismo competente para expedirse respecto de una denuncia en particular.

La postura adoptada fue acogida por el **Ministro de Economía y Finanzas** de la época, que por Resolución de fecha 24 de julio de 2012 entendió que la Dirección Nacional de Loterías y Quiniela tenía competencia exclusiva, por ser el Organismo con especialidad en la materia, por lo que la intervención de otro Organismo – en el caso, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia – implicaba desatenderlo dispuesto por el Artículo 27 de la Ley No. 18.159 vigente a ese momento.

Por otra parte, en el proceso contencioso administrativo de anulación referido, se expidió el **Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (PECA)**, quien por Dictamen No. 498/12 de fecha 3 de octubre de 2012 le sugirió al TCA que confirmara el acto administrativo dictado por la Comisión por ser legítimo, al entender que:

“el art. 21 de la ley 18.159 de 20.7.07 sienta el principio general en materia de órgano competente para su aplicación y establece que el órgano de aplicación de las disposiciones de la presente ley será la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Ahora bien: el art. 27 que en su defensa invoca la accionante asigna

competencia a órganos reguladores especializados en los sectores de competencia a cargo de los mismos.- Se trata, como bien afirma la demandada, de una norma de excepción y por ende de interpretación estricta.

En la emergencia, la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas no tiene tal carácter, no es un órgano regulador que fiscalice el cumplimiento de las normas relativas a la competencia en la materia involucrada y mal puede afirmar ello el promotor cuando precisamente su defensa se fundamenta en que a la actividad en estudio no se aplica el principio de la libre competencia.”

Por último, el **TCA** dictó Sentencia Definitiva No. 411/2014 de fecha 30 de setiembre de 2014 en el proceso referido.

Por la misma, se anuló la Resolución dictada oportunamente por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, por entender que la misma era incompetente para emitir un pronunciamiento de tal naturaleza. Al respecto, el TCA por votación de la unanimidad de sus integrantes afirmó:

“En resumen, el art. 27 de la Ley 18.159 excluye del parquet competencial de la mencionada Comisión a las actividades sometidas al contralor de órganos reguladores especializados, tales como el Banco Central del Uruguay, la URSEA o la URSEC; tal enumeración no es taxativa, según entendió la Sala de Abogados del Ministerio de Economía y Finanzas, debiendo entenderse comprendida en ese elenco de sectores excluidos del ámbito de competencia de la Comisión al sector del juego, cuyo contralor, regulación y fiscalización pertenece a la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas. En consecuencia, cabe considerar que la resolución impugnada fue dictada por un órgano que obró fuera de su competencia.”

De lo expuesto surge que la postura del Tribunal se basó en considerar que el Artículo 27 referido era de carácter enunciativo y no taxativo.

Todo ello llevó a una situación de inseguridad jurídica, lo que motivó que la doctrina propugnara con ahínco el cambio de la normativa al respecto, a efectos de clarificar quién era competente en los sectores regulados.

VI.2.4. Régimen actual

Ante los problemas suscitados, se modificó la normativa inicial mediante el dictado de los Artículos 135 y 136 de la Ley No. 19.996 de 3 de noviembre de 2021, que sustituyó disposiciones de la Ley No. 18.159, siendo el texto vigente en la actualidad, el siguiente:

- **"Artículo 27 Ley No. 18.159 (redacción conferida por Artículo 135 Ley No. 19.996: "(Sectores regulados).- Sin perjuicio de sus competencias regulatorias en materia de promoción y defensa de la competencia, el Banco Central del Uruguay, la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones y la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua, cada uno en el ámbito de su actuación regulatoria serán los organismos competentes para conferir la autorización de concentraciones económicas a la que refieren los Artículos 7° a 9° de la presente ley, cuando el acto de concentración tenga como objeto una entidad regulada por dichos organismos o las acciones, cuotas sociales u otros títulos de participación patrimonial en una entidad por ellos regulada.**

A los efectos de conferir tal autorización, el organismo regulador especializado podrá efectuar una consulta previa no vinculante a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia..."

- **"Artículo 10 Ley No. 18.159 (redacción conferida por Artículo 136 Ley No. 19.996: "(Competencia).- La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia será competente para desarrollar los procedimientos tendientes a investigar, analizar y sancionar las prácticas prohibidas por la presente ley, pudiendo actuar de oficio o por denuncia.**

Cuando el procedimiento refiera al mercado cuya regulación y control esté asignado al Banco Central del Uruguay, a la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones o a la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua, dicha Comisión deberá noticiar a los organismos reguladores antes mencionados, al momento de expedirse sobre la pertinencia de las denuncias o de las investigaciones de oficio iniciadas..."

De esta forma, podemos explicitar la competencia en la materia objeto de estudio, de la siguiente forma:

1) COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ⁵⁹

La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (en adelante: la Comisión o CPDC), es el órgano de aplicación en la materia. Se trata de un órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas, por lo que integra el sistema orgánico Poder Ejecutivo.

En este caso, la normativa no precisa qué tipo de desconcentración opera, al no efectuar referencia alguna a la potestad de avocación por parte del Poder Ejecutivo. Ante ello cierto sector de la doctrina ha entendido que nos encontramos ante una desconcentración privativa, la que, como señala la Profesora **Cristina VÁZQUEZ** se caracteriza:

“por un descenso de poderes de administración limitado, a favor de un órgano subordinado que los ejerce a título de competencia propia, privativa, en una determinada materia. Fuera de la materia desconcentrada subsiste la jerarquía; en esa materia, en cambio, se ven limitados los poderes del jerarca, quien no puede avocar.” ⁶⁰

La Comisión es un órgano pluripersonal, conformado por tres miembros designados por el Poder Ejecutivo actuando en Consejo de Ministros, entre personas que, por sus antecedentes personales, profesionales y conocimiento de la materia, aseguren independencia de criterio, eficiencia, objetividad e

⁵⁹ Sitio web oficial de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia al 22/2/23: <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/defensa-de-la-competencia>

⁶⁰ **VÁZQUEZ, Cristina.** “Régimen Jurídico de la Defensa de la Competencia en Uruguay”, publicado en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito”, Ed. FCU, Año 2008, Pág. 396.

imparcialidad en su desempeño, siendo que tienen dedicación exclusiva, con excepción de la actividad docente y de investigación.

La Comisión se constituyó el 16 de marzo de 2009 al producirse la designación de sus tres miembros por Resolución N° 690/09 del Poder Ejecutivo.

El funcionamiento de la misma se encuentra regulado por la reglamentación dictada por la Comisión con fecha 5/5/09 (aprobada por Resolución N° 1/009).

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26 de la Ley N° 18.159, la Comisión tiene a su cargo:

- Emitir normas generales e instrucciones particulares que contribuyan al cumplimiento de los objetivos de la normativa de promoción y defensa de la competencia.
- Realizar los estudios e investigaciones que considere pertinentes, a efectos de analizar la competencia en los mercados.
- Requerir de quien corresponda, la documentación y colaboración que considere necesarias.
- Realizar investigaciones sobre documentos civiles y comerciales, libros de comercio, libros de actas de órganos sociales y bases de datos contables.
- Asesorar al Poder Ejecutivo en materia de promoción y políticas de competencia.
- Emitir recomendaciones no vinculantes a Organismos Públicos, relativos al tratamiento, protección, regulación, restricción o promoción de la competencia en leyes, reglamentos, Ordenanzas y actos administrativos en general.
- Emitir recomendaciones no vinculantes, de carácter general o sectorial, respecto de las modalidades de la competencia en el mercado.

- Emitir dictámenes y responder consultas que le formule cualquier persona física o jurídica, pública o privada, acerca de las prácticas concretas que realiza o pretende realizar, o que realizan otros sujetos.
- Mantener relaciones con otros órganos de defensa de la competencia, nacionales o internacionales, y participar en los foros internacionales en que se discutan o negocien temas relativos a la competencia.

De esta forma, surge el rol de la Comisión como Organismo estatal de regulación y control por excelencia en la materia, quien tiene competencia salvo lo relativo a concentraciones económicas en los sectores regulados por el BCU, URSEA y URSEC.

En efecto, en materia de concentraciones, desde la modificación normativa del año 2019, la Comisión tiene competencia de autorización previa en todos los sectores, con excepción de los regulados por BCU, URSEA y URSEC, en cuyo caso son éstos los Organismos con competencia.

Por otra parte, en lo que refiere a la tramitación de procedimientos por prácticas prohibidas por ser anticompetitivas, la competencia es exclusiva de la Comisión en el régimen actual, siendo que en caso de tratarse de conductas producidas en los sectores regulados, la Comisión deberá noticiar a los Organismos reguladores.

De todo lo expuesto, se destaca que dentro de los cometidos de la Comisión se encuentra el de analizar la actividad del Estado en cuanto desarrolla actividad económica, por lo que la contratación pública se encuentra incluida.

No obstante, la ubicación institucional de la Comisión trae aparejada una serie de cuestionamientos que analizaremos más adelante.

2) SECTORES REGULADOS

De acuerdo a lo establecido normativamente, en la actualidad los órganos reguladores con competencia en materia de promoción y defensa de la competencia son: BCU, URSEA y URSEC.

Entiendo que la norma en la actualidad no tiene la amplitud de las disposiciones precedentes, por lo que no se genera la discusión referida a si la mención a los reguladores es taxativa o enunciativa.

De esta forma, de acuerdo a la normativa vigente, en forma taxativa se hace referencia a BCU, URSEA y URSEC, quienes se desempeñan en la materia objeto de estudio en los siguientes ámbitos, de acuerdo a lo establecido por los Artículos 10 y 27 de la Ley No. 18.159: ⁶¹

- a) Tienen competencia regulatoria en materia de promoción y defensa de la competencia en los respectivos sectores regulados.
- b) Son competentes para la autorización de concentraciones que se produzcan en los sectores regulados, cada uno en el ámbito de su actuación regulatoria. Para ello pueden efectuar una consulta previa no vinculante a la CPDC.
- c) Deben ser noticiados en forma preceptiva por la CPDC cuando ésta desarrolle un procedimiento tendiente a investigar, analizar y sancionar las prácticas prohibidas previstas en la Ley No. 18.159. El momento en que se debe noticiar a los reguladores referidos es al expedirse sobre la pertinencia de las denuncias o de las investigaciones de oficio iniciadas.

Cabe señalar que en noviembre del año 2022 se suscribió un Acuerdo Marco entre la CPDC, el BCU, la URSEA y la URSEC, por el que se constituyó la **Red de Regulación de la Competencia del Uruguay (en adelante: RURC)**.

⁶¹ Cabe señalar que el texto vigente de los Artículos 10 y 27 de la Ley No. 18.159 fue conferido por los Artículos 136 y 135 de la Ley No. 19.996 del 3 de noviembre de 2021 respectivamente.

El mismo establece un acuerdo para la cooperación e intercambio de información entre la Comisión y los Organismos reguladores referidos, procurando *“promover la competencia en beneficio de los consumidores en el Uruguay mediante el establecimiento de un marco de colaboración eficaz de acuerdo con los deberes y competencias específicas que establezcan las leyes aplicables para cada uno de los signatarios.”*

El documento indica que la misión de la RURC es *“promover el derecho de la competencia en todos los sectores de Uruguay, incluidos los sectores regulados objeto del presente Acuerdo Marco, contemplando en éstos las limitaciones que se prevean por ley y la pertinente articulación con otros objetivos regulatorios establecidos en el ordenamiento jurídico.”*

Las áreas de relacionamiento que implicarán el trabajo colectivo por parte de la RURC se fijan en las siguientes:

- ✓ Diálogo estratégico para identificar oportunidades para el uso de la competencia o los poderes regulatorios para promover mecanismos de mercado que favorezcan los intereses de los consumidores en el Uruguay.
- ✓ Cooperación en diversos aspectos que se detallan, tales como información de sectores regulados, control de concentraciones económicas, pautas y procedimientos internos, mejores prácticas y conocimientos, etc.
- ✓ Defensa, que implica el intercambio de ideas y experiencia, incluida la participación en iniciativas de defensa de la competencia para promover la conciencia de la política de competencia; identificación de normas y reglamento de necesaria reforma; colaboración en iniciativas de divulgación, etc.
- ✓ Mecanismos de cooperación que procuran el apoyo mutuo.
- ✓ Compartir información, incluso la de carácter confidencial, para la cual se garantiza el mismo nivel de confidencialidad de la información compartida e intercambiada que la parte que presentó la información en cuestión.

La Secretaría de la RURC está a cargo de la Comisión, siendo que ella será la responsable de preparar un informe que contenga una evaluación anual de como han funcionado los arreglos de la red en las áreas de enfoque de la misma.

Cabe señalar que el Acuerdo referido contiene dos Anexos, que regulan los siguientes aspectos que permiten dar cumplimiento a lo previsto normativamente:

- **Anexo 1: Procedimiento para la notificación de los Miembros de la Red de prácticas anticompetitivas en los sectores regulados.**

Se prevé que en los casos en que se realicen procedimientos sobre prácticas anticompetitivas en los mercados regulados, la Comisión deberá informar por escrito en un plazo no mayor a 10 días hábiles al o a los reguladores pertinentes.

Asimismo se prevé que cuando sea necesario, la Comisión podrá solicitar mediante notificación por escrito la asistencia de los reguladores del sector pertinente para colaborar en la investigación, siendo que éstos pondrán a su disposición la información y los documentos necesarios.

Por otra parte, se establece que la Comisión se esforzará por mantener informados a los reguladores del sector sobre hitos clave del caso.

- **Anexo 2: Notificación a la Comisión de concentraciones económicas en mercados regulados.**

Se establece que los miembros de la red deberán notificar a la Comisión las concentraciones económicas en mercados regulados luego de recibir la notificación de las partes.

La Comisión proporcionará orientación técnica o recomendaciones sobre aspectos normativos, económicos y/o procesales del caso, cuando así lo solicite un miembro de la red.

VI.3. Los órganos de aplicación en España

VI.3.1. Régimen inicial

En España, se hace referencia a que el origen de la autoridad de competencia se sitúa en el año 1964 con la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia.⁶²

No obstante, no fue hasta el año 2007 en que se creó formalmente la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante: CNC).

Cabe señalar que en el régimen español se fueron creando con el correr del tiempo, una pluralidad de Organismos con competencia en la materia, en especial reguladores, pudiendo graficarse la evolución de la siguiente forma:

AÑO	ORGANISMO
1995	Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, posteriormente: Comisión Nacional de Energía (CNE)
1996	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)
2003	Comité de Regulación Ferroviaria (CRF)
2007	Comisión Nacional de la Competencia
2010	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA)
2010	Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP)
2011	Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA)
2011	Comisión Nacional del Juego

Ante la proliferación de Organismos con competencia en la materia, se planteó efectuar un cambio en el sistema. Al respecto, se expresó que:

⁶² Este antecedente es reconocido incluso por la CNMC, autoridad de competencia actual. Consultado el 23 de marzo de 2023 en su sitio web oficial: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc>

“A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional. Estas se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. Cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia.”

En segundo lugar, de modo especialmente importante en el entorno de austeridad en el que se encuentra la Administración Pública, se deben aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada.

En tercer lugar, las instituciones han de adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados. Debe darse una respuesta institucional al progreso tecnológico, de modo que se evite el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada.”⁶³

Por otra parte, cabe señalar la influencia de la normativa europea, la que previó la existencia de autoridades reguladoras nacionales independientes, las que debían contar con un objetivo, una misión y competencias concretas.

Todo ello llevó a un cambio en el sistema, aggiornándose a las tendencias internacionales imperantes.

⁶³ Preámbulo de la Ley No. 3/2013 de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

VI.3.2. Régimen actual

Ante los planteos formulados y las tendencias internacionales en la materia, por Ley No. 3/2013 de 4 de junio de 2013, se creó en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante: CNMC), la que entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013.

Su conformación implicó la unificación de la autoridad de competencia y los organismos reguladores, con una visión integral e integradora de la promoción y defensa de la competencia.

En el Preámbulo de la Ley referida, se indicó:

“La normativa europea prevé la existencia de autoridades reguladoras nacionales independientes, dotándolas de misiones, objetivos y competencias concretas. No obstante, las competencias de las comisiones en España son más amplias que las requeridas por la normativa europea, en lo referente a la política sectorial, la concesión y revocación de títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades, el asesoramiento al Gobierno y el estudio e investigación de los sectores.

Por ello, el objeto de esta Ley es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.”

Esta Comisión tiene competencia nacional, ejerciendo sus atribuciones en todo el territorio español, siendo que su sede es en la ciudad de Madrid.

Asimismo, desempeña tareas en relación a todos los mercados o sectores económicos. El Artículo 1º de la Ley No. 3/2013 en su Numeral 2º establece:

“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.”

En cuanto a su naturaleza jurídica, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 2 de la Ley citada, la CNMC tiene personalidad jurídica propia y goza de autonomía orgánica y funcional, siendo plenamente independiente del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado.

Cabe destacar que la CNMC se encuentra sometida al control parlamentario y judicial, garantía en todo Estado de Derecho.

Por Real Decreto No. 657/2013 del 30 de agosto de 2013 se aprobó el Estatuto Orgánico de la CNMC, y por decisión del Pleno del Consejo de la CNMC de fecha 4 de octubre de 2013 se aprobó el Reglamento de Funcionamiento Interno de la misma.

Sus órganos de gobierno, son los siguientes, y se encuentran previstos en el Artículo 13 de la Ley No. 3/2013:

a) Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- De carácter colegiado, integrado por 10 miembros.
- Es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos atribuidas a la CNMC, sin perjuicio de que tiene potestad delegatoria. No obstante, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 14 de la Ley citada, son facultades indelegables del Consejo la aprobación del anteproyecto de presupuestos del organismo, de su memoria anual y sus planes anuales o plurianuales de actuación en que se definan sus objetivos y sus prioridades, la aprobación del reglamento de funcionamiento interno, el nombramiento del personal directivo, la impugnación de ciertos actos y disposiciones que detalla y, en su caso, la

potestad de dictar circulares y comunicaciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso.

- En cuanto a su designación, los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente y el Vicepresidente, son nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.
- Los miembros del Consejo deben ejercer su función con dedicación exclusiva.
- El mandato de los miembros del Consejo es de seis años sin posibilidad de reelección. La renovación de los miembros del Consejo se hará parcialmente cada dos años, de modo que ningún miembro del Consejo permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años.
- Durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con los sectores regulados y la actividad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- El Consejo consta de dos salas, una dedicada a temas de competencia y otra a supervisión regulatoria, siendo que cada una está compuesta por 5 miembros del Consejo.

b) Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, quien también preside el Consejo.

En relación al tema es necesario indicar que en reiteradas oportunidades la propia Ley de Contratos en el Sector Público (LCSP) refiere a la CNMC así como a las autoridades autonómicas existentes, lo que deja de manifiesto la trascendencia de la libre competencia en la contratación pública.

Al respecto, es necesario recordar que el **Artículo 149.3 de la Constitución Española** establece:

“3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.”

Esto implica el **diseño de un sistema descentralizado de defensa de la competencia**, resultando de aplicación la Ley 1/2002 del 21 de febrero de 2002 para la coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia.

De acuerdo al relevamiento efectuado en octubre del año 2022 por la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon)**, podría graficarse la situación de la siguiente forma: ⁶⁴

⁶⁴ **OIRESCON**. Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública. Módulo III: “Las prácticas colusorias en materia de contratación pública”, de Octubre de 2022. Consultado el 29 de abril de 2023 en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo3.pdf>

RÉGIMEN	COMUNIDADES AUTÓNOMAS
No tienen autoridad de competencia	<ul style="list-style-type: none"> - Asturias - Baleares - Cantabria - Castilla – La Mancha - La Rioja
Sólo cuentan con órganos de instrucción y resuelve la CNMC	<ul style="list-style-type: none"> - Canarias - Madrid - Murcia - Navarra
Cuentan con órganos de instrucción y resolución	<ul style="list-style-type: none"> - Andalucía - Aragón - Cataluña - Castilla y León - Extremadura - Galicia - País Vasco - Comunidad Valenciana

Por otra parte, debe considerarse el **Artículo 132 de la Ley No. 9/2017 (LCSP)**, en tanto preceptúa:

“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o

*equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el Artículo 44 de esta Ley, **notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia,** cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”*

De esta forma surge que en forma expresa la normativa de contratación pública hace referencia a las prácticas indebidas que atañen a la libre competencia, quedando de manifiesto el sistema descentralizado instaurado, así como la trascendencia de la CNMC en la materia.

VI.4. Posición institucional de las autoridades de competencia u órganos de aplicación.

En el diseño institucional resulta imprescindible considerar la posición orgánica que se establezca para las autoridades de competencia.

En especial, resulta relevante la existencia o no de jerarquía del ejecutivo nacional y su integración. Ello por cuanto, como ha señalado con acierto el Dr.

Martín THOMASSET:

“Cuanto mayor sea su autonomía mayores garantías habrá de que sus pronunciamientos sean estrictamente técnicos. De allí la importancia de definir la relación que tendrá la entidad con el poder político. Asegurar la tecnicidad de las agencias de competencia suele ser la única solución para afrontar dos desafíos de

similar importancia y de los cuales depende la aplicación plena de la ley y la igualdad entre los agentes en el mercado.”⁶⁵

De esta forma, resulta trascendente que la posición institucional que se determine normativamente asegure la necesaria independencia, la que a mi juicio debe desenvolverse en varios ejes. En efecto, resulta imprescindible la independencia jurídica en el sentido de inexistencia de subordinación como garante de la imparcialidad en el obrar, pero igual de importante es la independencia económica y presupuestal, puesto que no es realmente independiente quien no cuenta con los recursos necesarios para cumplir sus tareas.

Esto adquiere una relevancia singular si pensamos en el ámbito de actuación de las autoridades de competencia en ciertos aspectos, como es el que nos convoca, el de la contratación pública así como en todo espacio de obrar estatal.

Nuevamente, comparto al respecto lo manifestado por el Dr. **Martín THOMASSET** en tanto advierte que es necesario que:

“la norma se ejecute con la misma rigurosidad, tanto cuando el infractor sea un particular como cuando lo es el propio Estado. Es imprescindible que el órgano de aplicación tenga la fortaleza suficiente para sortear presiones, pues al investigar la actividad de empresas públicas, probablemente haya personas del propio gobierno interesadas en que no se apliquen sanciones.”⁶⁶

Resulta manifiesto entonces que la independencia es crucial para que el sistema opere adecuadamente.

⁶⁵ **THOMASSET, Martín.** “Órganos de aplicación de la ley de defensa de la competencia”, publicado en “Derecho de la Competencia”, Autores Varios, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 308.

⁶⁶ **THOMASSET, Martín.** “Órganos de aplicación de la ley de defensa de la competencia”, publicado en “Derecho de la Competencia”, Autores Varios, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Pág. 309.

Analizado dicho extremo, debemos considerar cuál es la ubicación institucional de los órganos de aplicación en los países que analizamos, esto es, Uruguay y España:

PAÍS	AUTORIDAD DE COMPETENCIA U ÓRGANO DE APLICACIÓN	UBICACIÓN INSTITUCIONAL
URUGUAY	Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC)	Órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas, pertenece al sistema orgánico Poder Ejecutivo
ESPAÑA	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)	Personalidad jurídica propia; goza de autonomía orgánica y funcional, siendo plenamente independiente del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado

Efectuando un análisis comparativo, debemos indicar que la autoridad de defensa en España goza de una independencia de la que no goza la establecida en el sistema uruguayo.

En efecto, mientras en España se cuenta con una autoridad de competencia que goza de autonomía orgánica y funcional, independiente del Gobierno, en Uruguay constituye un órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas, por lo que forma parte del sistema orgánico centralizado Poder Ejecutivo, cuyo jerarca máximo es denominado Poder Ejecutivo.⁶⁷

En la Sección IX de la Constitución de la República en Uruguay, bajo el acápite “Del Poder Ejecutivo”, dentro del Capítulo I se establece:

⁶⁷ El término Poder Ejecutivo tiene dos acepciones: como sistema orgánico, y como jerarca máximo de ese sistema orgánico.

- **Artículo 149 Constitución de la República uruguaya:** *“El Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, de acuerdo a lo establecido en esta Sección y demás disposiciones concordantes.”*

De esta forma, el Poder Ejecutivo en su acepción de jerarca máximo está conformado por el Presidente actuando con el o los Ministros respectivos, o en Consejo de Ministros, es decir, el Presidente de la República con todos los Ministros convocados.

Surge con claridad que las más altas autoridades de Gobierno forman parte del órgano jerarca máximo del sistema al que pertenece la CPDC, lo que nos lleva a plantearnos diversas interrogantes, como ser la eventual revisión de los actos administrativos dictados por la CPDC ante la impugnación de los mismos mediante la interposición de Recursos Administrativos.

Conforme lo dispone el **Artículo 317 de la Constitución uruguaya**, los actos administrativos podrán ser impugnados con el Recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, siendo que, cuando el acto administrativo fue dictado por una autoridad sometida a jerarquía, puede ser impugnado, además, con el recurso jerárquico. Dicho recurso jerárquico se interpone en forma conjunta y subsidiaria al de revocación, y procede tanto en casos de legalidad, como de mérito.

Aplica al respecto la llamada regla “del omisso medio”, por lo que el Recurso Jerárquico debe interponerse para ante el jerarca máximo de la Administración de que se trate.

El jerarca máximo en el sistema orgánico referido, es el Poder Ejecutivo. Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Economía y Finanzas, en ejercicio de atribuciones delegadas, es quien resuelve en principio, los recursos jerárquicos interpuestos contra los actos administrativos dictados por la CPDC.

En consecuencia, los actos dictados por la CPDC pueden ser impugnados por todo aquel que se sienta agraviado mediante el Recurso de Revocación ante la

propia Comisión que resolverá la impugnación contra sus propias decisiones, y con el Jerárquico en forma conjunta y subsidiaria, lo que supone establecerlo en el mismo documento de impugnación.

En caso en que la CPDC deniegue el Recurso de Revocación (en forma expresa o ficta), si el particular interpuso en forma conjunta y subsidiaria el Recurso Jerárquico, la CPDC deberá elevarlo para ante el Poder Ejecutivo, siendo que en general quien resuelve es el Ministro de Economía y Finanzas por tener delegada dicha atribución por parte del jerarca máximo.

En definitiva, el jerarca termina pudiendo resolver sobre los actos administrativos dictados por la Comisión.

Con los recursos mencionados se verifica el “agotamiento” de la vía administrativa que permite la impugnación jurisdiccional anulatoria.

A efectos de clarificar el impacto que dicha situación, es menester destacar diversas situaciones que han ocurrido en los últimos tiempos y que denotan las consecuencias que produce la ubicación institucional de la CPDC, también en el área de actuación que nos ocupa que es el de la contratación pública.

➤ Actuación de la CPDC ante situaciones relacionadas con procedimientos de contratación pública.

En cuanto a la participación de la CPDC en casos vinculados con los procedimientos de contratación pública, se han producido diversas instancias:

i.- Situación ocurrida hasta setiembre de 2014.

Una empresa uruguaya proveedora del Estado (ACROWAY S.A. – nombre de fantasía: TechSolutions), formuló denuncia ante la CPDC contra el Servicio Descentralizado Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL), en

referencia a la actuación en el ámbito del procedimiento de Licitación Pública N° H0A01570, convocado para la adquisición de una solución de hardware y software.

La denuncia indicaba que el Pliego de Condiciones Particulares confeccionado por ANTEL en dicho procedimiento se encontraba dirigido, en tanto las referencias contenidas en el mismo, únicamente vislumbraban un producto en particular, con la consecuente exclusión de los restantes competidores.

En este sentido, se expresó que el Pliego contemplaba *“directamente, hasta en el vocabulario utilizado, las características, dimensionamiento y limitaciones de la arquitectura Hitachi Universal Star Network, en especial el modelo HDS UDP VM, excluyendo así a todos los demás fabricantes”*, por lo cual solicitó *“abrirlo a la competencia.”*

Ante ello, la CPDC dictó la Resolución N° 24/010 con fecha 29 de abril de 2010, por la que dispuso declarar pertinente y procedente la denuncia formulada, asumiendo competencia a dichos efectos, señalando que nada obsta a que la CPDC *“investigue la eventual ocurrencia de prácticas anticompetitivas que, a la vez, pueden estar infringiendo otras normas vigentes.”*

Dicho acto administrativo resulta trascendente porque, entre otras cuestiones, analiza la aplicación de la Ley N° 18.159 a las personas públicas estatales, indicando que no puede dudarse de su competencia en aspectos vinculados a los procedimientos licitatorios, destacando que la propia Ley enuncia dentro de las prácticas prohibidas la coordinación en la presentación a licitaciones.

La Administración Pública denunciada, ANTEL, interpuso Recursos de Revocación y Jerárquico en subsidio contra dicha Resolución, en los que expresó como agravios en lo sustancia que:

- La CPDC no tiene competencia para intervenir en los procedimientos de Licitación Pública, siendo éstas regidas por un régimen legal especial contenido en el T.O.C.A.F.

- ANTEL tiene como cometido la prestación de servicios de telecomunicaciones, por lo que se encuentra sometida al control de la URSEC, lo que descarta de plano la intervención de la Comisión.
- El procedimiento de contratación administrativa se encuentra sometido al control del Tribunal de Cuentas, el que interviene preceptivamente en forma previa a que se disponga el gasto y se efectúe el pago.
- Además los actos administrativos dictados durante un procedimiento licitatorio pueden ser impugnados mediante los Recursos Administrativos pertinentes, y sometidos eventualmente, al control jurisdiccional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Ante ello, la CPDC resolvió el Recurso de Revocación por Resolución N° 102/010 del 3 de diciembre de 2010, en la que mantuvo el acto impugnado y por ende confirmó su decisión anterior, entendiéndose competente en la materia objeto de análisis y a su vez dispuso franquear el Recurso Jerárquico interpuesto en subsidio.

Al sustanciarse el Recurso Jerárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas, se dispuso la realización de informe por parte de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Secretaría.

Posteriormente, por Resolución dictada el 18 de agosto de 2011, el **Ministro de Economía y Finanzas** (en ejercicio de atribuciones delegadas por el Poder Ejecutivo), resolvió el Recurso Jerárquico revocando el acto administrativo dictado por la CPDC oportunamente, expresando los siguientes fundamentos para sustentar tal proceder:

- *“el procedimiento licitatorio se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, por un régimen especial consagrado en el T.O.C.A.F.”*
- *“la etapa previa del procedimiento licitatorio, es esencialmente interna de la Administración y por tanto ésta tiene discrecionalidad para definir el objeto de la licitación.”*
- *“la norma especial citada, prevé mecanismos de impugnación de los Pliegos de Condiciones”*

- *“la denunciante prescindió de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la normativa aplicable”*
- *“rigiéndose los procedimientos de contratación por las disposiciones especiales contenidas en el T.O.C.A.F., las cuales proporcionan medios de impugnación idóneos para salvaguardar la igualdad de los oferentes, el acto impugnado excede el marco de competencia de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, por lo que corresponde proceder a su revocación en vía jerárquica”*

En consecuencia, **en opinión del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en ese momento, la CPDC no contaría con competencia** de actuar ante denuncias sobre contravención a las reglas de la libre competencia formuladas en los procedimientos de contratación pública.

Independientemente de las consideraciones que puedan esgrimirse en relación a la postura adoptada por el Ministerio – las que no comparto - resulta imprescindible tener presente las consecuencias que de ello derivaron en lo que a la actuación de la CPDC refiere.

En efecto, posteriormente a los hechos relatados la CPDC tuvo presente el pronunciamiento del Ministerio en las situaciones que se generaron. Al respecto podemos citar el caso en que una empresa nacional (Automóvil Club del Uruguay), presentó una denuncia ante la CPDC relativa a presuntas irregularidades relacionadas con una prestación a ser obtenida por el Ente Autónomo denominado Banco de Seguros del Estado (BSE), quien efectuó un procedimiento competitivo amparado en una causal de excepción.⁶⁸

Ante dicha denuncia contra un Organismo Estatal en actuaciones relacionadas a la contratación pública, la CPDC dispuso declararla improcedente por carecer de competencia a tales efectos, no obstante lo cual resolvió el inicio de

⁶⁸ Llamado a Precios N° 106, convocado por el BANCO DE SEGUROS DEL ESTADO invocando causal de excepción prevista normativamente, cuyo objeto era contratar una empresa para brindar servicio de auxilio mecánico y traslado de vehículos asegurados por el Organismo.

una investigación de oficio, procurando determinar la posible existencia de prácticas anticompetitivas.⁶⁹

De esta forma surge la incidencia del esquema adoptado normativamente en la determinación de la posición institucional. Así, si bien la CPDC consideraba ser competente en la determinación de prácticas presuntamente anticompetitivas en el transcurso de procedimientos de contratación del Estado, no proseguía adelante con la tramitación de denuncias relacionadas con dicha temática, en virtud del precedente, extremo que manifiesta a texto expreso en su Resolución analizada.⁷⁰

En consecuencia, la decisión del órgano jerarca incidió y la CPDC decidió no proseguir actuaciones en materia de contratación pública en el entendido que al prosperar las mismas, en caso de ser impugnadas, sus decisiones serían revocadas.

ii.- Situación desde setiembre de 2014.

Posteriormente a la situación relatada precedentemente, la firma PROMINENT BRASIL Ltda. presentó una denuncia ante la CPDC contra el Servicio Descentralizado denominado Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE), por conductas asumidas en el ámbito de la Licitación Pública Internacional N° 13.750, convocada para la adquisición de equipamiento electromecánico destinado al Proyecto de Abastecimiento de agua potable a escuelas y pequeñas localidades rurales.

La empresa denunciante sostuvo que los términos y condiciones en que se presentaba el llamado a licitación implicaban a su juicio, una práctica prohibida en los Artículos 2 y 4 Literales B), G) e I) de la Ley N° 18.159.

⁶⁹ Cabe señalar que la CPDC solicitó con fecha 8 de marzo de 2012 al BSE que informara sobre determinados extremos. No obstante, al no contar con respuesta por parte del BSE debió reiterar el Oficio, siendo que posteriormente le fue entregada la información.

⁷⁰ Es menester tener presente que algunos informes de la Asesoría Jurídica de la CPDC se ha considerado que la CPDC carece de competencia en materia de procedimientos licitatorios, en términos coincidentes con lo sustentado por el MEF en el momento indicado.

Previa vista al denunciado, la CPDC dictó la Resolución N° 52/014 de 10 de junio de 2014, por la que dispuso proseguir las actuaciones, aceptando ciertas probanzas ofrecidas por las partes. En dicho acto administrativo, la CPDC indicó que *“la autoridad competente para investigar, analizar y sancionar prácticas anticompetitivas es la Comisión de Defensa de la Competencia”*.

Ante esta decisión, OSE interpuso los Recursos de Revocación y Jerárquico en subsidio, argumentando en lo medular que:

- La Comisión carece de competencia para entender en los procesos de contratación a través de licitación pública, estando dicha competencia reservada al Tribunal de Cuentas de la República por lo dispuesto en el Artículo 211 de la Constitución, y en lo que respecta a la legalidad del acto administrativo, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo en base al Artículo 309 de la Constitución uruguaya.
- La norma específica que en materia licitatoria combate las prácticas anticompetitivas es el Artículo 46 del T.O.C.A.F.
- La Ley N° 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia es clara al definir su ámbito de aplicación subjetivo a las personas físicas o jurídicas que desarrollen “actividad económica”, por lo que OSE al seleccionar a sus contratantes en el proceso licitatorio no realiza tal actividad, sino que cumple un servicio público regulado por normas de Derecho Administrativo.

La CPDC por Resolución N° 72/014 de 5 de agosto de 2014 confirmó en todos sus términos el acto impugnado, franqueando el Recurso Jerárquico interpuesto en subsidio.

El Ministro de Economía y Finanzas, en ejercicio de atribuciones delegadas por el Poder Ejecutivo, mediante Resolución de fecha 2 de setiembre de 2014, dispuso confirmar el acto administrativo impugnado, dándole la razón a la Comisión.

En dicho acto administrativo, el Ministro expresó que **la CPDC es competente en la materia**, expresando:

“la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia es competente para controlar y sancionar las prácticas anticompetitivas en el territorio nacional, pues es

el órgano estatal encargado de aplicar la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia, excepto en sectores donde haya organismos reguladores especiales que asuman esa responsabilidad. En el caso denunciado no existen dichos organismos especializados (Artículo 27 de la Ley N° 18.159)”

Considerando VII del Ministro de Economía y Finanzas de fecha 2 de setiembre de 2014.

Al respecto, el Ministro de Economía y Finanzas afirmó:

- *“...la competencia del Tribunal de Cuentas de la República se encuentra establecida en el Artículo 228 de la Constitución y además existen otras normas constitucionales específicas que determinan los cometidos del Tribunal, siendo entre otros, el contralor de los dineros públicos, por lo cual no tiene competencia para entender sobre las prácticas anticompetitivas como la denunciada en autos.”*
- *“...respecto al ámbito subjetivo establecido en el Artículo 3° Ley N° 18.159, lo que se pretende es analizar el actuar de la OSE en ocasión de la Licitación referenciada, en perjuicio de que determinadas empresas puedan competir libremente en el ejercicio de su actividad económica, lo cual perjudicaría directa o indirectamente el funcionamiento del mercado”*

Lo trascendente del caso es que a partir de la Resolución referida, se entendió que la CPDC era competente para actuar en el ámbito de los procedimientos de contratación pública.⁷¹

- *Pronunciamiento de la CPDC sobre los Aranceles Profesionales, e intervención del MEF al expedirse en vía recursiva.*

⁷¹ Es menester señalar que luego del procedimiento llevado a cabo, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, por Resolución N° 16/015 de 15 de marzo de 2015 culminó concluyendo que en el caso no se acreditó la existencia de conductas que contravengan la normativa sobre promoción y defensa de la competencia.

Por Resolución N° 49/011 de 10 de mayo de 2011, la CPDC dispuso dirigir al Colegio de Abogados del Uruguay, a la Asociación de Escribanos del Uruguay y al Colegio de Contadores, Administradores y Economistas del Uruguay, la instrucción obligatoria de derogar, en un plazo máximo de 90 días, los Aranceles Profesionales resueltos por cada gremial, así como toda norma interna que regule su existencia y aplicación por parte de sus respectivos asociados, informando posteriormente a la Comisión del cumplimiento de dicha instrucción.

Las Asociaciones y Colegios Gremiales profesionales referidas interpusieron los Recursos Administrativos pertinentes, agotando la vía administrativa y promoviendo algunos de ellos con posterioridad, el proceso contencioso administrativo de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En virtud de que en el derecho positivo uruguayo el principio en materia de impugnación en vía administrativa, es que la interposición de Recursos Administrativos no produce efecto suspensivo, las Asociaciones y Colegios profesionales involucrados impugnaron lo resuelto por la CPDC y además solicitaron expresamente la suspensión de la ejecución del acto administrativo, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional.

En vía administrativa, la CPDC dispuso no hacer lugar a la solicitud de suspensión del acto administrativo de referencia. Lo trascendente del caso es que, franqueado el recurso jerárquico interpuesto en subsidio, el Ministro de Economía y Finanzas, por Resolución de fecha 8 de marzo de 2012 (dictada en ejercicio de atribuciones delegadas por el Poder Ejecutivo) dispuso suspender el acto administrativo referido: *“...hasta tanto se dilucide la vía jurisdiccional”*, expresando para justificar tal proceder que *“se estima conveniente – atento a la complejidad del tema a estudio y a lo informado por la Asesoría Jurídica de esta Secretaría de Estado- proceder a suspender la ejecución del acto administrativo dictado por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.”*

Es necesario observar cómo el órgano jerárquico Poder Ejecutivo, a través de su actuación en vía recursiva puede influir directamente en las decisiones de la CPDC.

➤ *Pronunciamientos sobre la excusación y recusación de los miembros de la CPDC.*

Una sociedad anónima cuyo titular era el Estado, denominada PLUNA S.A. (hoy extinta), denunció a una empresa de plaza llamada LOS CIPRESES S.A. (nombre comercial: BUQUEBUS) por establecer precios predatorios.

La CPDC por Resolución No. 70/2012 del 11 de setiembre de 2012 dispuso sancionar a LOS CIPRESES S.A. por entender que se configuró la práctica anticompetitiva anteriormente mencionada.

La empresa sancionada solicitó la recusación de los comisionados de la CPDC por entender que no se producía la garantía de la imparcialidad por cuanto al ser el Estado titular de acciones, acreedor y avalista en PLUNA S.A. (empresa denunciante,) el órgano estatal que sustancia el procedimiento pasa a ser juez y parte, produciéndose un conflicto de intereses.

Por otra parte, uno de los comisionados había integrado con carácter temporal el Directorio de PLUNA S.A., en representación del Estado, por lo que el mismo se excusó de intervenir, siendo rechazado el planteo por la CPDC.

Por informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas de fecha 4 de octubre de 2010, se indicó que la controversia debía ser resuelta por el Ministro de Economía y Finanzas, jerarca inmediato superior de la Comisión, en aplicación de las normas de procedimiento administrativo común.

Por Resolución de fecha 4 de octubre de 2010, tomando en consideración el dictamen de la Asesoría Jurídica referido, el Ministro de Economía y Finanzas dispuso rechazar las recusaciones solicitadas por LOS CIPRESES S.A. y admitir la excusación formulada por el comisionado, designando a otro funcionario en su lugar.

Éste solicitó la reconsideración de la decisión al entender que le correspondía tal pronunciamiento al Poder Ejecutivo y no al Ministro, por lo que éste dejó sin efecto su nombramiento, designando a otro en su lugar, quien también se excusó de actuar.

En consecuencia, la CPDC continuó el procedimiento actuando en el caso con dos de tres miembros, siendo que la decisión final consistió en la imposición de una sanción de apercibimiento a LOS CIPRESES S.A. por la conducta asumida.

Dicha empresa interpuso Recursos Administrativos y ante su denegatoria, acudió a la vía jurisdiccional solicitando al TCA la anulación del acto administrativo dictado.

El TCA dictó dos fallos de trascendencia: Sentencias No. 27/2015 de fecha 3 de febrero de 2015 y No. 770/2016 del 17 de noviembre de 2016, expidiéndose sobre la actuación de la Comisión y su recusación, y anulando el acto administrativo de la CPDC que había impuesto la sanción.

En dichas ocasiones, el TCA entendió que la designación de miembros ad hoc de la CPDC correspondía al Poder Ejecutivo y no al Ministro de Economía y Finanzas, ya que:

“aparece como lógico y razonable, a la luz del principio de paralelismo de las formas, que la designación de integrantes “ad hoc” de la referida Comisión – como es el caso – se haga de la misma manera que la designación de sus miembros naturales, esto es, por intermedio del Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros.”

Asimismo, el TCA expresó que: *“en función del aludido principio de paralelismo de las formas, también resulta competente para resolver una cuestión como la de la recusación, que puede implicar la separación de uno o más miembros de la Comisión, **el mismo órgano que tiene la competencia para designar a tales miembros.** En consecuencia, el Ministerio de Economía y Finanzas es también incompetente para resolver por sí solo la cuestión de la recusación, por lo que cabe considerar igualmente ilegítima a la fracción del primer acto impugnado por la cual se desestima la recusación interpuesta por la empresa denunciada.”⁷²*

Según la postura del TCA, corresponde al Poder Ejecutivo no sólo la designación de los comisionados, sino también resolver los planteos de excusación y recusación de los mismos. Este aspecto incide en el aspecto sujeto a análisis,

⁷² TCA. Sentencia No. 27/2015, reproducido asimismo en la Sentencia No. 770/2016.

referido a la vinculación o incidencia del Poder Ejecutivo en las autoridades de competencia.

➤ **Conclusiones acerca de la ubicación institucional**

Los casos expuestos, relevan la problemática que genera el diseño institucional vigente en el régimen uruguayo.

En efecto, al encontrarse las decisiones de la Comisión sometidas al eventual análisis y resolución por parte del Poder Ejecutivo en caso de interposición de Recursos Administrativos por parte de los afectados, se denota la existencia de actuación del poder político, y en especial, de los gobernantes de turno en la materia.

Por otra parte, el Poder Ejecutivo como jerarca máximo del sistema orgánico referido tiene como atribución constitucional y legal, la formulación y contralor de políticas sectoriales, lo que implica el desempeño de un papel “*de preeminencia y dirección del Poder Ejecutivo contemporáneo sobre todo en materia económica*”⁷³

Esta prerrogativa supone en muchas ocasiones el interés del Poder Ejecutivo pueda entrar en contradicción con el cometido de contralor asignado a la CPDC por cuanto, no necesariamente las políticas sectoriales serán coincidentes con las reglas de derecho imperantes en materia de defensa de la competencia, siendo que en ciertos casos, quien se encuentra involucrado en la denuncia de una posible práctica anticompetitiva es otra entidad estatal.

Además, de acuerdo a la postura sustentada por el TCA, es al Poder Ejecutivo a quien compete no sólo la designación de los miembros de la Comisión como establece la normativa, sino también los casos de excusación y recusación que se planteen respecto de los mismos, de lo que surge la indudable incidencia que pueden tener los jefes en el funcionamiento de la autoridad de competencia.

⁷³ CAJARVILLE, Juan Pablo. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo I, Ed. FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012, Pág. 63.

VII.- DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En múltiples ocasiones, el Estado participa del mercado como demandante de bienes, servicios y obras, pues a los efectos de llevar a cabo sus cometidos, necesita contar con ellos en forma ineludible. En ese ámbito surge la contratación pública, como sector de imprescindible actuación del Estado.

Cabe señalar que las contrataciones de bienes, servicios y obra pública del Estado representan un alto porcentaje del Producto Interno Bruto (PBI) de cada Nación⁷⁴, lo cual pone de manifiesto que se maneja gran cantidad de dinero, lo que genera gran cantidad de implicancias.

Por otra parte, desde una mirada de corte cualitativo, es menester destacar que la contratación pública es la que permite el cumplimiento de los cometidos asignados a los diversos órganos estatales.

Por todo ello, y siendo que se maneja en ese ámbito dinero que es de la sociedad toda, se acentúan los caracteres que implican que dicho sector sea propenso a que se produzcan conductas corruptas o no deseadas, por lo que es necesario determinar el alcance e impacto del obrar de los servidores públicos llamados a actuar en la materia.

Debemos tener presente que la contratación pública conforma un instrumento de distribución de la riqueza por la gran magnitud de dinero que opera,

⁷⁴ Según la Organización Mundial del Comercio, la contratación pública insume, en general, **entre el 10 y el 15% de una economía** (Datos obtenidos con fecha 20 de mayo de 2019 en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm)

En España, se estima que el promedio de los montos que se manejan en la contratación pública es del 20% del PIB, según datos del Observatorio de la Contratación Pública (Datos obtenidos con fecha 20 de mayo de 2019 en <http://www.obcp.es/>).

Consultado por un medio gráfico, el **Profesor José María GIMENO FELIÚ** indicó que los montos de la contratación pública en España: “... según la Comisión Europea es el 20% del PIB [unos 240.000 millones de Euros]. Según la OCDE estamos cerca del 30%, en el 29,6% [355.200 millones]. Son magnitudes importantísimas.” Opinión recogida en publicación de fecha 22 de marzo de 2019 en el Periódico “Cinco Días”, consultado el 10 de mayo de 2023 en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/03/21/economia/1553187121_468826.html

a la vez que se erige como una herramienta poderosa para fomentar la inclusión de ciertos sectores menos favorecidos (como ser las pequeñas y medianas empresas, determinados grupos sociales con dificultades en su obrar, etc.), promoviendo también ciertas prácticas o conductas sociales, ambientales y éticas.

En ese sentido, diversos autores han indicado que no es posible concebir a la contratación pública exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes públicos,

*“sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las Pymes o la sostenibilidad social y ambiental.”*⁷⁵

De esta forma, resulta necesario destacar la trascendencia del fomento de la competencia por parte del Estado en esta área, siendo que las decisiones que se adopten pueden impactar significativamente no sólo en el mercado, sino en muchos aspectos del desarrollo social de una comunidad.

Todo lo indicado precedentemente ha implicado que en los diversos países se hayan dictado normas jurídicas regulando la temática que nos ocupa, constituyendo un verdadero **Derecho de la Contratación Pública**.

En dicho rol, el Estado no actúa bajo los mismos postulados que los particulares cuando requieren adquirir insumos o prestaciones, pues rigen a su respecto diversos principios y normas que es necesario tener en cuenta.

Mientras las personas físicas se encuentran regidas por el principio de libertad por el cual les es posible hacer todo aquello que no esté prohibido⁷⁶, rige respecto de las personas públicas el **principio de especialidad** en procura de la

75 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *“El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”*, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 111. En el mismo sentido: **GIMENO FELIÚ, José María.** “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma”, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, Año 2006, Págs. 16 y 17.

⁷⁶ En el Derecho Uruguayo, el principio de libertad que rige a las personas físicas surge del **Artículo 10 inciso 2° de la Constitución de la República**, norma que establece que *“Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

obtención del bien común y en forma consonante con la finalidad pública imperante. Tal como expresa el Profesor uruguayo **Carlos DELPIAZZO**, dicho principio implica que:

*“las personas jurídicas solo pueden actuar (ejercitar su competencia) para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación”, siendo que “nada las autoriza para realizar actos ajenos a su materia.”*⁷⁷

En consecuencia, por el principio de especialidad, las personas públicas únicamente pueden actuar dentro de los cometidos que les son asignados según la normativa vigente.

Ello irradia sus efectos a la contratación pública, donde cada Organismo contratante deberá ceñirse a efectuar sus adquisiciones en el ámbito de su competencia.

Es menester tener presente que existen normas y principios propios que regulan la contratación pública y rigen a su respecto, siendo que tanto en el ordenamiento jurídico uruguayo como en el español se verifica la implementación de un sistema de restricción, por lo cual existen determinados procedimientos previstos a efectos de selección del co-contratante por parte de la Administración.

En efecto, en ambos países, existe una regulación específica a nivel normativo, que establece la forma de proceder ante la necesidad de efectuar una contratación pública. Asimismo, cabe destacar la existencia de otras normas, no sólo de derecho interno sino también de derecho internacional, que rigen en dichos países, los cuales resultan trascendentes en dicho ámbito.

En ese sentido, se vislumbra la vigencia de disposiciones que regulan la ética en la función pública, las que contienen preceptos específicos vinculados a la materia que nos ocupa por constituir un sector sensible o propenso a prácticas indebidas o corruptas debido al manejo de fondos públicos que conlleva,

77 DELPIAZZO, CARLOS E. “Derecho Administrativo General”, Volumen I, Ed. AMF, 1ª Edición, Montevideo, Junio de 2011, Pág. 236.

destacándose también otros mandatos genéricos que resultan aplicables en este segmento del obrar público.

VII.1. NORMATIVA APLICABLE.

VII.1.1. URUGUAY.

En el Uruguay, el régimen jurídico de la contratación pública está constituido por normas de diversa jerarquía, donde se verifica el siguiente orden de prelación:

1.- Constitución de la República. La Constitución vigente data del año 1967 (con modificaciones plebiscitadas el 26/11/89, 26/11/94, 8/12/96 y 31/10/04), y cuenta con disposiciones que resultan trascendentes en la materia que nos ocupa, destacándose, entre otras:

- a) Previsiones en materia de competencia de los entes estatales y consagración del principio de especialidad.
- b) Preceptos relacionados con los principios generales del derecho.
- c) Disposiciones que refieren a derechos, deberes y garantías de los particulares.
- d) Normas referidas a peticiones y recursos administrativos.
- e) Previsiones que regulan el régimen de control de la hacienda pública.

2.- Normas de rango legal. Las disposiciones que resultan específicas en materia de contratación pública en Uruguay se encuentran sistematizadas en un Texto Ordenado, lo que implica una sistematización o conjunción de normas provenientes de diversos textos normativos.

En el caso, rige el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (T.O.C.A.F.), el que fue aprobado mediante Decreto N° 150/012 y se encuentra vigente desde el 1/6/12.⁷⁸

La particularidad de este Texto Ordenado en particular es que todas sus disposiciones son de fuente legal, es decir que son leyes dictadas por el Parlamento Nacional.

En efecto, el TOCAF reúne normas de rango legal, siendo dispuesta la sistematización de las mismas mediante un Decreto, esto es una norma creada por acto administrativo dictado por el Poder Ejecutivo, que únicamente aglutina las disposiciones otorgándoles un alto grado de sistematización.

Con posterioridad al 1/6/12 se han introducido múltiples modificaciones al TOCAF, mediante el dictado de diversos actos legislativos, en especial incorporados en los textos legales de Rendición de Cuentas y de Presupuesto, destacándose también las modificaciones introducidas por la Ley No. 19.889 (Ley de Urgente Consideración), todo lo cual deja de manifiesto que la contratación pública es una disciplina que se encuentra en permanente formación.

Por otra parte, existen disposiciones de rango legal que contienen preceptos aplicables en materia de contratación pública, las que se encuentran dispersas. Se destacan, entre otras, la Ley N° 17.555 que en sus Artículos 19 y 20 reguló el procedimiento especial de la iniciativa en materia de concesiones de obras y servicios, así como la Ley N° 18.786 que en sus Artículos 34 a 38 confirió regulación al procedimiento especial de iniciativa privada en el ámbito de los contratos de participación público privada.

78 La Ley N° 18.834 (Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al Ejercicio 2012, publicada en el Diario Oficial con fecha 17/11/11), en su Sección III refiere al Ordenamiento Financiero, siendo el Capítulo I referido a “Compras Estatales” (Arts. 13 a 57). El Art. 57 de dicha Ley previó la vigencia de las normas referidas a la Contabilidad y Administración Financiera del Estado a partir del primer día del mes siguiente al de la publicación en el Diario Oficial del Texto Ordenado, excepto diversas disposiciones referidas al Registro Único de Proveedores del Estado, cuya entrada en vigencia se previó a partir de la puesta en marcha del mismo.

El 17/5/12 se publicó el nuevo T.O.C.A.F. con las modificaciones introducidas por la Ley citada, por lo que, en cumplimiento de lo dispuesto por la norma citada precedentemente, la entrada en vigencia del Texto Ordenado se produjo a partir del 1/6/12.

3.- Normas reglamentarias. En materia de contratación pública se destacan disposiciones de fuente reglamentaria, esto es, normas generales y abstractas creadas por acto administrativo. Dentro de ellas, encontramos:

- Decreto N° 155/013: Reglamenta el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE).
- Decreto N° 142/018: Reglamenta la apertura electrónica de ofertas.

Por otra parte, el Artículo 47 del T.O.C.A.F.⁷⁹ establece que el Poder Ejecutivo, previo informe de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE) y con la conformidad del Tribunal de Cuentas, podrá formular reglamentos o pliegos únicos de bases y condiciones generales para los contratos de:

- A) Suministros y servicios no personales,
- B) Soluciones en modalidad Llave en Mano, y
- C) Obras públicas.⁸⁰

Por otra parte, el Artículo 211 Literal F) de la Constitución de la República establece que será cometido del Tribunal de Cuentas el de dictar las Ordenanzas de contabilidad, que tendrán fuerza obligatoria para todos los órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Estos son Reglamentos autónomos, que obligan a la Administración Pública Estatal, y constituyen una fuente importante en materia de contratación pública.

En el ámbito internacional, la República Oriental del Uruguay suscribió con fecha 22/1/09 un acuerdo en materia de contratación pública con la República de

⁷⁹ **Fuente:** Artículo 488 de la Ley No. 15.903 de 10/11/87, con la redacción dada por el Artículo 28 de la Ley No. 18.834 de 4/11/11, Artículo 22 de la Ley No. 19.355 de 19/12/15 y Artículo 323 de la Ley No. 19.889 de 9/7/20.

⁸⁰ Por Decreto N° 131/014, el Poder Ejecutivo aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para Contratos de Suministros y Servicios No Personales, y por Decreto N° 257/015 el de Obra Pública.

Chile. El mismo fue adoptado por Uruguay por Ley N° 18.909, por lo que forma parte del derecho vigente en el país.

Cabe destacar la existencia de otras normas, no sólo de derecho interno sino también de derecho internacional, que rigen en Uruguay y resultan trascendentes en el ámbito de la contratación pública. Así, por ejemplo, se destaca la vigencia de normas que regulan la ética en la función pública, en tanto contienen preceptos específicos relativos a las contrataciones públicas, como se analizará más adelante.

Además de todo lo expuesto, debe tenerse presente que rigen en cuanto sean aplicables, las disposiciones de procedimiento administrativo común en cada Organismo, destacándose que en Administración Central (Poder Ejecutivo y sus dependencias), la normativa madre se encuentra recogida en el Decreto N° 500/991.

VII.1.2. ESPAÑA.

En España, el régimen de la contratación pública se encuentra regulado de la siguiente forma:

1.- Derecho comunitario.

La trascendencia del Derecho comunitario en la contratación pública es innegable. Así, se ha indicado que:

“Los contratos públicos desempeñan una importante función en las economías de los Estados miembros y se estima que generan más del 16 % del PIB de la Unión. Antes de que comenzara a aplicarse la legislación comunitaria, únicamente se adjudicaba a empresas no nacionales el 2 % de los contratos públicos. En algunos sectores —construcción, obras públicas, energía, telecomunicaciones e industria

pesada—, estos contratos desempeñan un papel crucial, y tradicionalmente la preferencia por los proveedores nacionales se ha derivado de normas legislativas o administrativas. Esta falta de competencia abierta y eficaz era un obstáculo para la realización del mercado interior al elevar los costes que habían de asumir los órganos de contratación e inhibir la competitividad en determinados sectores clave.”

81

De esta forma, se conforma el Derecho comunitario, mediante normas de Derecho originario y de Derecho derivado. Al respecto, ha indicado el Profesor español **José Antonio MORENO MOLINA**:

“El completo “corpus iuris” europeo sobre contratación pública está integrado tanto por normas de Derecho originario y de Derecho derivado como por la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las ha interpretado y cuya doctrina han ido incorporando las sucesivas directivas europeas en la materia.

Como característica destacada y una muestra evidente de la importancia concedida por la Unión a este sector del ordenamiento jurídico, la legislación sobre contratación pública comprende en la actualidad tanto normas sustantivas como procesales y de recursos.”⁸²

Con respecto al Derecho originario, debemos decir que el **Artículo 179 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)**⁸³, situado en el Título XIX denominado “Investigación y desarrollo tecnológico y espacio” dispone:

⁸¹ Página web del Parlamento Europeo efectuada en el mes de julio del año 2022. Ponencia de Christina Ratcliff / Barbara Martinello / Vasileios Litos, obtenida el 10 de mayo de 2023 en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos>

⁸² **MORENO MOLINA, José Antonio**. “Las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública”, consultado con fecha 14 de mayo de 2023 en: http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/NUEVAS_DIRECTIVAS.pdf

⁸³ El Artículo 179 corresponde al antiguo Artículo 163 TCE.

“1. La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados.

*2. A tal fin, la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación con el fin, especialmente, de permitir que los investigadores cooperen libremente por encima de las fronteras y que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, **en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional**, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.”⁸⁴*

Notamos de esta forma que el TFUE efectúa una mención a la apertura de la contratación pública nacional, la que debe estar inspirada en los principios que el propio texto menciona expresamente, como ser:

- Artículo 18 TFUE: Igualdad de trato y no discriminación.
- Artículo 28 TFUE: Libre circulación de mercaderías.
- Artículo 49 TFUE: Libertad de establecimiento.
- Artículo 56 TFUE: Libre prestación de servicios.

De esta forma se constituye el Derecho originario de la Unión Europea, el que, según ha indicado la Profesora **Isabel GALLEGO CÓRCOLES**:

⁸⁴ El resaltado me pertenece.

*“es aplicable al importante número de contratos que no están sometidos a las Directivas (especialmente en aquellos supuestos que no alcanzan los umbrales económicos.”*⁸⁵

Por otra parte, debemos mencionar la trascendencia de las Directivas dictadas, destacándose en la evolución histórica las siguientes: 70/32, 71/304, 71/305, 77/62, 90/531, 92/50, 93/36, 93/37, 93/38. Estas Directivas conforman la Primera y Segunda Generación.

Posteriormente a ellas se dictaron las llamadas Directivas de la “Tercera Generación”, destacándose la 2004/18, 2004/17 y 2009/81, siendo que posteriormente a su trasposición al Derecho español comenzó un proceso para modernizar el régimen de la contratación pública.

El mismo culminó con la aprobación en el año 2014 de las llamadas Directivas de la “Cuarta Generación”, que son las siguientes: 2014/23/UE (adjudicación de contratos de concesión), 2014/24/UE (contratación pública), 2014/25/UE (contratación por entidades que operan en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales).

El ámbito de aplicación de dichas Directivas depende de la existencia de determinados umbrales económicos.

2.- Normativa interna. Ley de Contratos en el Sector Público.

La Ley No. 9/2017 de 8 de noviembre del año 2017 (LCSP) es la que regula el régimen de Contratos en el Sector Público en España. Mediante la misma se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

85 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *“El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”*, publicado en *“Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 73.*

Uno de los ejes de la aplicación de la Ley gira en torno al concepto de poder adjudicador, lo que sigue la tendencia de la regulación anterior del año 2007, derivada a su vez, de la aplicación de la Directiva comunitaria del año 2004, sin perjuicio de que resulta fundamental la referencia de los contratos que se hagan por una entidad del sector público.

Como ha indicado la Profesora española **Silvia DIEZ SASTRE**:

“Uno de los principales efectos de la transposición de las Directivas de 2004 fue la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de las normas de contratación pública. La LCSP (2007) decidió introducir un concepto amplio de sector público que incluía a las clásicas Administraciones Públicas, a las entidades de que reúnen la condición de poder adjudicador, así como a entidades del sector público, aunque no reunieran la condición de poder adjudicador. El legislador español fue, así, más lejos de lo que se exigía desde las instancias europeas, además, se adaptó a la funcionalización del concepto de poder adjudicador auspiciada, fundamentalmente por la jurisprudencia del TJUE. La nueva LCSP mantiene esta estructura de regulación del ámbito de aplicación, pero, al igual que hizo en 2007, también va más allá de las exigencias de las Directivas, en este caso, de 2014.”⁸⁶

De esta forma, el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP se basa en la existencia de tres niveles, en función del tipo de ente adjudicador, a saber:

- a) Administración Pública.
- b) Poder Adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública.
- c) Ente del sector público que no reúne la condición de poder adjudicador.

Cabe indicar que el Artículo 3 de la LCSP, bajo el acápite “Ámbito subjetivo”, refiere a cuáles son las entidades que se considera forman parte del sector público.

Por otra parte, en cuanto al ámbito objetivo de aplicación, comprende los contratos onerosos, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que celebren y otorguen

86 DIEZ SASTRE, Silvia. *“El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública”*, publicado en *“Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 522 – 523.*

las entidades del sector público enumeradas en el Artículo 3. En efecto, el Artículo 2 de la LCSP preceptúa:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el Artículo 3. Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

2. Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el Artículo 23 relativo a los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada.

3. La aplicación de esta Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la Disposición final primera de la presente Ley relativa a los títulos competenciales.

4. A los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta Ley, se utilizará el «Vocabulario común de contratos públicos», aprobado por el Reglamento (CE) Nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), o normativa comunitaria que le sustituya.”

Al respecto, el Profesor **Lorenzo MELLADO RUIZ** ha expresado que:

“...la Ley mantiene su carácter global e integrador, de acuerdo con su enfoque de sujeción máxima – aun con excepciones – de las adjudicaciones públicas a las exigencias de libre competencia, igualdad de trato y no discriminación base del Derecho comunitario de los contratos públicos. Importa, pues, como concepto propio realmente del Derecho comunitario, la onerosidad del negocio jurídico, y no su naturaleza, denominación, forma o vestidura jurídica. Siempre que haya retribución, ganancia o beneficio económico, aún indirecto, por parte del contratista, y, por tanto,

inversión de dinero público, nos encontraremos ante un contrato del sector público”

87

Así, se requiere la onerosidad para estar incluido en el ámbito objetivo de aplicación, pero además debería agregarse, según el autor citado, la bilateralidad, como otro elemento clave en la delimitación del concepto, debiéndose tener presente que:

“quedarán excluidas del concepto de contrato tanto las relaciones jurídicas en las que las prestaciones sean gratuitas como aquéllas en las que no pueda hablarse en sentido estricto de dos partes (o voluntades) diferenciadas (aunque existan dos personas jurídicas), por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador encomendante (relaciones in house).”⁸⁸

Asimismo, debemos considerar que existen negocios jurídicos que son excluidos por la LCSP.

La Ley vigente en materia de contratación pública distingue entre los contratos sujetos a regulación armonizada y aquellos que no están sujetos a tal regulación, siendo el elemento definitorio la cuantía económica o umbrales comunitarios. Dicho aspecto permite diferenciar el régimen jurídico aplicable en cada caso.

En definitiva, la LCSP ha introducido importantes cambios, siendo que en palabras de la Profesora **Isabel GALLEGO CÓRCOLES**, en la LCSP:

“se incorporan importantes soluciones normativas que no están directamente relacionadas con las Directivas y que en más de una ocasión pretenden fortalecer el reconocimiento de los principios de igualdad y transparencia, en aras a la consecución de una contratación más eficiente y más alejada de los riesgos de la

87 MELLADO RUIZ, Lorenzo. *“El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos”*, publicado en *“Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 557.*

88 MELLADO RUIZ, Lorenzo. *“El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos”*, publicado en *“Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 558.*

corrupción. Y junto a estos grandes ejes, existen múltiples matizaciones de carácter mucho más puntual”⁸⁹

Cabe señalar que desde el 2017 a la actualidad, se introdujeron algunas modificaciones a la LCSP, que se vislumbran en el texto vigente.

En especial, debemos destacar la modificación reciente introducida por la Ley 31/2022 que fuera publicada en el BOE el 24 de diciembre de 2022, la cual dispuso cambios en varios aspectos, entre los que se encuentran los referidos a:

- Prórroga de Acuerdos Marco o contratos en Sistemas Dinámicos de Adquisición (Artículo 29.4 LCSP).
- Procedimiento ante presuntas prácticas colusorias en Uniones Temporales de Empresas (UTE) (Artículo 69.2 LCSP).
- Nueva prohibición de contratar (Artículo 71.1 LCSP).
- Clasificación de obras y/o servicios (Artículo 80 LCSP).
- Solvencia Técnica (Artículo 88 LCSP).

VII.2. PRINCIPIOS APLICABLES.

La contratación pública constituye una rama del Derecho Administrativo, contando con instrumentos y principios que les son propios. En efecto, el instrumento propio de la disciplina es el contrato público, el que tiene características específicas que lo diferencian del contrato de naturaleza privada o particular.

Por otra parte, tiene principios que son inherentes a este tipo de obrar. Pero como toda rama del hacer, se inserta en un marco de actuación más amplio, y por ende debemos pensar qué tipo de principios le son aplicables, además de los propios.

89 GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. *“El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”*, publicado en *“Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 108.*

En ese sentido, considero que existen cuatro tipos de principios aplicables a la contratación pública, a saber:

- 1) Principios Generales del Derecho.
- 2) Principios genéricos de la actuación administrativa.
- 3) Principios de la ética pública.
- 4) Principios propios de la Contratación Pública.

VII.2.1. Principios Generales del Derecho.

En todo ordenamiento jurídico, se destaca la existencia de principios generales de derecho, los que, tal como señala el Profesor **Carlos Delpiazzo**, pueden definirse conforme a su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre. De esta forma, son:

- a) principios, por cuanto constituyen los cimientos o bases de todo ordenamiento;
- b) generales, en virtud de que *“trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares”*⁹⁰, y son,
- c) reglas de derecho, dado que configuran disposiciones de corte jurídico, no siendo *“simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas”*.⁹¹

Así, los diversos sistemas normativos cuentan con lineamientos que conforman los pilares donde se asientan las bases del ordenamiento todo. Con independencia de las discusiones imperantes al respecto, que se manifiestan en las

90 DELPIAZZO, CARLOS E. “Derecho Administrativo Uruguayo”, Ed. Porrúa, 1ª Edición, México, Año 2005, Pág.12.

91 DELPIAZZO, CARLOS E. “Derecho Administrativo Uruguayo”, Ed. Porrúa, 1ª Edición, México, Año 2005, Pág.12.

posturas positivistas o jusnaturalistas que se han esgrimido, no quedan dudas de ningún tipo sobre la trascendencia de los mismos en el Derecho.

En ese sentido, el Profesor español **Jaime RODRÍGUEZ ARANA** manifiesta que:

“Los principios generales del derecho son fuentes del derecho, y por tanto, también del derecho administrativo. En un sistema normativo que bebe en las fuentes de un positivismo jurídico ya superado por la realidad y la aspiración a la justicia, los principios adquieren especial relevancia en la medida que son el alma de la racionalidad jurídica, en la medida en que a través de ellos es posible aspirar a cánones de justicia material que impidan la dictadura del formalismo jurídico. En este sentido, ocupan un lugar destacado en el derecho administrativo como expresiones que son de la centralidad que ocupa la persona y sus derechos fundamentales en el subsistema normativo del derecho Público.”⁹²

Por otra parte, en otra obra, el Profesor **Jaime RODRÍGUEZ ARANA** nos recuerda que el Tribunal Supremo español señaló por Sentencia de 18 de febrero de 1992 que los principios generales del Derecho son:

“esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas- art. 1.4 del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho –art. 103 de la Constitución-. Y es claro que si estos principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios.”⁹³

Al respecto, el citado Profesor expresa que en su opinión, esta jurisprudencia tiene:

⁹² **RODRÍGUEZ ARANA, JAIME.** “Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional”, Editorial Novum, México D.F. (México), Octubre de 2011, Pág. 71.

⁹³ **RODRÍGUEZ ARANA, JAIME.** “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”, en Revista de Derecho N° 13, Agosto 2016, Pág. 198, obtenido en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1218>, con fecha 20/5/19.

“una proyección jurídica que va más allá de nuestras fronteras puesto que perfila la función, el significado y la operatividad de los principios generales como elementos informadores del Ordenamiento jurídico en general.”⁹⁴

En Uruguay en especial, se destaca que los principios generales de derecho son fuente directa por imperio de lo establecido en el Artículo 72 de la Constitución, y fuente indirecta o supletoria, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 332 del mismo cuerpo normativo, en tanto establecen:

- **Artículo 72 Constitución uruguaya:** *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”*
- **Artículo 332 Constitución uruguaya:** *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.”*

Dentro de los principios generales del derecho debemos destacar los siguientes que tienen expreso reconocimiento constitucional en los ordenamientos jurídicos objeto de análisis:

	URUGUAY	ESPAÑA
IGUALDAD	Artículo 8 de la Constitución: <i>“Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.”</i>	Artículo 14 de la Constitución: <i>“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo,</i>

⁹⁴ **RODRÍGUEZ ARANA, JAIME.** *“Los principios del Derecho Global de la contratación pública”*, en Revista de Derecho N° 13, Agosto 2016, Pág. 198, obtenido en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1218>, con fecha 20/5/19.

		<i>religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”</i>
LIBERTAD Y SEGURIDAD	<p>Artículo 7 de la Constitución:</p> <p><i>“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.”</i></p> <p>Artículo 10 inc. 2 de la Constitución:</p> <p><i>“Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”</i></p>	<p>Artículo 17 de la Constitución:</p> <p><i>“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.</i></p> <p><i>Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”</i></p>
ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO	<p>Artículo 12 de la Constitución:</p> <p><i>“Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.”</i></p> <p>Artículo 18 de la Constitución:</p> <p><i>“Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios.”</i></p>	<p>Artículo 24 de la Constitución:</p> <p><i>“1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.</i></p>

	<p>Artículo 19 de la Constitución: <i>“Quedan prohibidos los juicios por comisión.”</i></p> <p>Artículo 66 de la Constitución: <i>“Ninguna investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerará concluida mientras el funcionario inculcado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa.”</i></p>	<p>2. <i>Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia...”</i></p>
--	--	---

Los principios referidos – entre otros - se erigen como máximas que tienen cualquier precepto normativo.

De esta forma, se deberá verificar el cumplimiento de los principios generales del derecho en la contratación pública, ya que, como todo obrar, se rige por los mismos.

VII.2.2. Principios genéricos de la actuación administrativa.

La actuación de las personas públicas estatales está regida por principios genéricos, los que se aplican a todas las modalidades de su actuar, sin perjuicio de que en cada sector específico del obrar, en tanto esté dotado de cierta autonomía, encontraremos principios propios.

En **España**, los principios que rigen la actuación de la Administración Pública española se encuentran plasmados en una variedad de textos normativos, destacándose los siguientes:

- a) Constitución Española.
- b) Ley N° 39/2015 de 1/10/15 (Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).
- c) Ley N° 40/2015 de 1/10/15 (Régimen Jurídico del Sector Público).

El Artículo 103 de la Constitución Española establece que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”*

Asimismo, el Artículo 9.2 refiere al fomento de la igualdad por parte de la Administración, al establecer:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Por su parte, la Ley N° 39/2015 hace referencia en sus preceptos al necesario cumplimiento de los principios, mientras que la Ley N° 40/2015, en su Artículo 3 a texto expreso dispone que:

“Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.”

A continuación, el Artículo 3 de la Ley N° 40/2015 establece que en su actuación y relaciones, las Administraciones Públicas deberán respetar ciertos principios que detalla, como ser los de buena fe, transparencia, economía, eficacia, eficiencia, cooperación, colaboración y coordinación.

Asimismo, deben considerarse los preceptos que surgen del Derecho Comunitario. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su Artículo 41 bajo el acápite “Derecho a una buena administración”, establece:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,*
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,*
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones...”*

En **Uruguay**, existen principios propios de la actuación administrativa que surgen reconocidos en normas de rango constitucional y legal. No obstante, las disposiciones de procedimiento administrativo común son de naturaleza reglamentaria, y en las diversas Administraciones Públicas Estatales existe regulación al respecto.

En ese sentido, el **Decreto del Poder Ejecutivo N° 500/991** establece las normas de procedimiento administrativo que, de acuerdo a lo previsto en su Artículo 1° rige en principio, en la Administración Central⁹⁵, aplicándose al procedimiento administrativo común, pero también a los especiales o técnicos en cuanto condigan con su naturaleza.

Los procedimientos de contratación pública son procedimientos especiales que tienen una regulación específica, pero no obstante, serán de aplicación sus

⁹⁵ El **Decreto N° 500/991** es un reglamento dictado por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros, el cual en su Artículo 1° prevé el ámbito de aplicación, estableciendo que rige el procedimiento común de los órganos de la Administración Central (esto es, Poder Ejecutivo y sus dependencias, lo que comprende entre otros, a los Ministerios y órganos desconcentrados). No obstante, en su Artículo 235 exhorta a Entes Autónomos y Servicios Descentralizados a adoptarlo por decisiones internas, aspecto que ha sido cumplido en gran cantidad de casos.

preceptos en cuanto condigan con la naturaleza del procedimiento común, como prevé la norma.

El Artículo 2 del Decreto N° 500/991 establece un elenco de principios, al preceptuar:

“La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:

- a) imparcialidad;*
- b) legalidad objetiva;*
- c) impulsión de oficio;*
- d) verdad material;*
- e) economía, celeridad y eficacia;*
- f) informalismo en favor del administrado;*
- g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos;*
- h) delegación material;*
- i) debido procedimiento;*
- j) contradicción;*
- k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;*
- l) motivación de la decisión;*
- m) gratuidad...”*

Tal como surge de las normas imperantes tanto en el ordenamiento jurídico español como en el uruguayo, el sistema de actuación administrativa se basa en cinco pilares, a saber:

- Sometimiento al derecho.
- Actuar con objetividad.
- Tutela del interés general.
- Buena administración.
- Motivación de las decisiones.

Esos cinco pilares conforman el soporte sobre el que se asientan los principios generales de actuación en ambos regímenes jurídicos, debiéndose

advertir ciertas modulaciones en cada uno de los sistemas normativos, donde los principios que se recogen plasman los valores últimos que se persiguen.

Especial mención merece el principio de motivación, el que supone que en cada caso la Administración deba expresar las razones de hecho y de derecho que la llevan a adoptar una decisión, debiendo brindar los fundamentos al exteriorizar los motivos que argumentan su obrar.

La motivación en el obrar administrativo legitima la actuación de la Administración Pública Estatal y de los servidores públicos que actúan para que la misma pueda cumplir su finalidad última que es la de servir a la población.

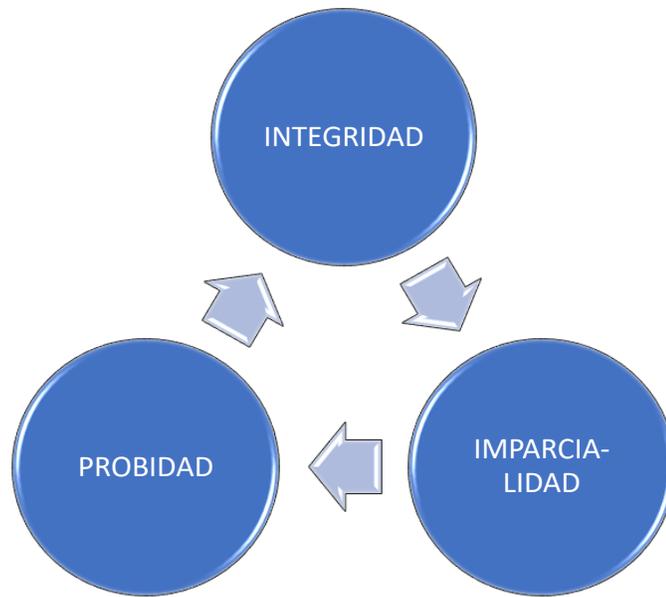
En síntesis, los cinco pilares señalados constituyen a mi entender los “principios de los principios” de la actuación administrativa.

VII.2.3. Principios éticos aplicables a la contratación pública.

Por otra parte, y con carácter transversal, existen principios éticos aplicables al obrar en la contratación pública.

Sin perjuicio de que se analizará este tema al abordar los aspectos sobre ética y contratación pública, debemos adelantar que estos principios éticos en general se encuentran positivizados o juridizados, en tanto están recogidos en reglas de derecho.

En especial, adquieren especial relevancia en materia de contratación pública, los siguientes principios éticos:



Partiendo de un análisis conceptual de los principios, debemos decir que la Real Academia Española los define de la siguiente forma: ⁹⁶

TÉRMINO	CONCEPTO RAE
INTEGRIDAD	"Cualidad de íntegro"; el término "íntegro" se conceptualiza de la siguiente forma: "Dicho de una persona: Recta, proba, intachable."
PROBIDAD	"Honradez", definiéndose ésta como "rectitud de ánimo, integridad en el obrar."
IMPARCIALIDAD	"Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgaro proceder con rectitud."

⁹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [20 de abril de 2023].

Los principios referidos se conceptualizan sucintamente a continuación sin perjuicio de un especial abordaje en el Capítulo correspondiente.

A) INTEGRIDAD

Como se indicó precedentemente, la Real Academia Española vincula el concepto de íntegro al de rectitud, probidad y ser intachable.

La integridad es el principio de los principios de la ética pública, y únicamente puede cumplirse mediante un obrar de los servidores públicos imparcial y probo, cuidadoso de la exteriorización de las conductas de los agentes públicos.

Hemos dicho con anterioridad que el desempeño de los servidores públicos debe darse en términos de probidad e imparcialidad por cuanto éstos son los pilares de la conducta que conforman la integridad en la función pública.⁹⁷

Cabe señalar que – tal como se desarrollará en el Capítulo pertinente - tanto las normas de Derecho Internacional, como las disposiciones de Derecho interno de gran cantidad de países reconocen el principio de integridad como pilar en un Estado de Derecho, lo que demuestra su indudable trascendencia.

B) PROBIDAD

De acuerdo a la conceptualización analizada de la Real Academia Española, la probidad se vincula con la honradez y la integridad.

El Profesor **Carlos DELPIAZZO** explicita que por oposición al término probidad puede extraerse el de improbidad como:

“...una conducta deshonesta, no recta, no íntegra, que implica admitir cualquier provecho o ventaja para sí o para terceros en desmedro del interés público, así como

⁹⁷ **PINTO NERÓN, Ximena.** “Integridad de los servidores públicos: imparcialidad y probidad en el obrar”, publicación en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez”, AAVV, RUOCCO, Graciela y VÁZQUEZ, Cristina (Coordinadoras), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Enero de 2023, Págs. 841 y sgtes.

cualquier acción que exteriorice la apariencia de violación del Código de Conducta en la Función Pública.”⁹⁸

Surge así que la probidad se vincula con la honestidad, con la rectitud y con la integridad. En efecto, los servidores públicos deben ser íntegros, debiendo observar una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro.

Este principio es básico en el obrar administrativo y adquiere una trascendencia singular en materia de contratación pública, como analizaremos más adelante.

C) IMPARCIALIDAD

Las normas de ética pública, así como las de procedimiento administrativo común en los diversos países, en general recogen el principio de imparcialidad, el que implica actuar con neutralidad y conferir un tratamiento igualitario y sin sesgos, previendo los institutos de excusación y recusación como garantía a efectos de su cumplimiento.

Al respecto, la Profesora argentina **Miriam IVANEGA** indica que la imparcialidad.

“es identificada con la independencia para ejercer una función sin presiones ni preconceptos. Por eso suele ser equiparada con la objetividad y la neutralidad.”⁹⁹

Este principio de imparcialidad adquiere singular relevancia en materia de contratación pública, por cuanto el obrar de los servidores públicos necesariamente

⁹⁸ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Probidad administrativa”, publicación en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez”, AAVV, RUOCCO, Graciela y VÁZQUEZ, Cristina (Coordinadoras), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Enero de 2023, Pág. 762.

⁹⁹ **IVANEGA, Miriam M.** “Reflexiones acerca del agente público en el Estado Constitucional de Derecho”, publicación en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez”, AAVV, RUOCCO, Graciela y VÁZQUEZ, Cristina (Coordinadoras), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Enero de 2023, Pág. 799.

debe verificarse en términos neutros, sin favoritismos ni actuaciones indebidas que otorguen prerrogativas a los proveedores.

Este principio de imparcialidad se vincula con la igualdad de trato o igualdad de los oferentes, por cuanto no existe posibilidad de trato igualitario donde no se verifica la neutralidad y objetividad necesaria.

VII.2.4. Principios propios de la contratación pública.

En materia de contratación pública, existen principios que son propios, los que constituyen los cimientos de carácter general sobre los que se fundamenta dicha disciplina.

Tal como señala el Profesor español **Jaime PINTOS SANTIAGO**: *“podríamos calificar a estos principios generales de la contratación pública como verdaderos principios-guía y elemento unificador de este marco globalizado de la contratación pública, principios generales entre los que se encuentran los derechos fundamentales de las personas.”*¹⁰⁰

Estos principios propios de la disciplina se manifiestan no sólo en el Derecho Administrativo propio de cada país, sino que también los encontramos en el llamado Derecho Administrativo Global. Al respecto, cabe recordar las palabras del Profesor **Jaime RODRÍGUEZ ARANA**, quien expresó:

“en el ámbito de la contratación pública es donde, a mi juicio, el desarrollo del Derecho Administrativo global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los

¹⁰⁰ **PINTOS SANTIAGO, JAIME.** *“Una perspectiva constructiva a los principios generales del Derecho Global de la Contratación Pública...”*, obtenido en <https://www.derechoydebate.com>, con fecha 28/4/18.

De esta forma, existen principios que operan en materia de contratación pública con carácter general en los diversos ordenamientos jurídicos, y se caracterizan por resultar aplicables en forma transversal a todas las etapas de la misma. En efecto, los principios se aplican desde que el procedimiento se inicia en su etapa o fase preparatoria, pasando por la etapa esencial e integrativa, e incluso en la ejecución de los contratos que en definitiva se celebren.

VII.2.5 Análisis comparativo de los principios de la contratación pública.

En **Uruguay**, los principios generales de actuación en materia de contratación pública se encuentran reconocidos en el **Artículo 149 del T.O.C.A.F.** norma que reza:

“Los principios generales de actuación y contralor en materia de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera del Estado serán los siguientes:

A) Flexibilidad.

B) Publicidad, igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas.

C) Razonabilidad.

D) Delegación.

E) Ausencia de ritualismo.

F) Materialidad frente al formalismo.

G) Veracidad salvo prueba en contrario.

H) Transparencia.

I) Buena fe.

¹⁰¹ **RODRÍGUEZ ARANA, JAIME.** *“Los principios del Derecho Global de la contratación pública”*, en Revista de Derecho N° 13, Agosto 2016, Pág. 193, obtenido en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1218>, con fecha 20 de mayo de 2019.

Los principios antes mencionados servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.”

En **España**, en primer lugar debe destacarse la plena vigencia de los principios reconocidos en los Tratados de la Unión Europea, que fijan las bases sobre las que se sustenta la contratación pública. En ese sentido, deben destacarse las Directivas del año 2014.

Como señalan los diversos autores, se advierte una dinámica principialista que demuestra la formación del Derecho global de la contratación pública.¹⁰²

El Artículo 18.1 de la **Directiva 2014/24/UE**, bajo el acápite “Principios de la contratación” preceptúa:

“1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar in debidamente a determinados operadores económicos.”

Por otra parte, las Directivas 2014/25/UE, 2014/23/UE y 2009/81/CE también refieren a determinados principios de la contratación:

- Igualdad de trato.
- Libre concurrencia.
- Transparencia y Publicidad.

¹⁰² En este sentido: **RODRÍGUEZ ARANA, JAIME**. “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”, en Revista de Derecho N° 13, Agosto 2016, Págs. 189 - 217, obtenido en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1218>, con fecha 20 de mayo de 2019 y **RAZQUÍN LIZARRAGA, MARTÍN MARÍA**. “Los principios generales de la contratación pública”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia – España, Año 2018, Pág. 181.

- Confidencialidad.
- Integridad.
- Proporcionalidad.
- Reconocimiento mutuo.

Por otra parte, en cuanto al Derecho interno español, debe tenerse presente la regulación de la Ley de Contratos en el Sector Público (LCSP), la que establece los siguientes principios:

- Imparcialidad.
- Objetividad.
- Eficiencia en el gasto público.
- Igualdad de trato y no discriminación.
- Reconocimiento mutuo.
- Transparencia.
- Integridad.

Es menester indicar que la doctrina ha expresado que los principios de la contratación pública son *“derivaciones de los principios en los que se sustenta la Unión Europea.”*¹⁰³

En particular, debe destacarse lo establecido en el Artículo 132 de la LCSP española, por cuanto dicha disposición constituye desarrollo del alcance de algunos de los principios mencionados, al disponer:

“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”

¹⁰³ **RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María.** “Los principios generales de la contratación pública”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Pág. 183.

En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios...”

Una vez efectuado el análisis referido, debemos ahondar en los principios propios de la contratación pública, determinando su alcance e implicancias.

VII.2.6. Análisis de los principios propios de la contratación pública

A) IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN:

El principio de igualdad de trato en la contratación pública se prevé comúnmente en los ordenamientos jurídicos con diferentes denominaciones, consistiendo en una manifestación del principio de igualdad, reconocido en general en las Constituciones de los diversos países como un principio general del Derecho.

En ese sentido, debe destacarse el texto constitucional que reconoce el principio de igualdad tanto en España como en Uruguay, donde dicho principio se regula de la siguiente manera:

- **España:** Artículo 14 de la Constitución. *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*
- **Uruguay:** Artículo 8 de la Constitución. *“Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.”*

El principio de igualdad llevado al ámbito de la contratación pública se exterioriza en la necesidad de conferir un tratamiento igualitario a los sujetos partícipes y eventualmente partícipes, teniendo presente las desigualdades ontológicamente existentes. En efecto, el citado principio implica que deba “*tratarse igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales.*”¹⁰⁴

Como se ha indicado precedentemente, dicho principio rige tanto en la etapa preparatoria de los procedimientos, como en la esencial y aún en la integrativa, una vez que se formalice el contrato y durante la vigencia del mismo.

Asimismo, se ha indicado que el principio de igualdad de trato se relaciona con el de imparcialidad, por cuanto no existe posibilidad de trato igualitario donde no se verifica la neutralidad y objetividad necesaria.

Por otra parte, diversos autores indican que otro de los principios generales en materia de contratación pública es el **principio de estricto cumplimiento del Pliego de Condiciones o de las bases del llamado**, lo que implica que las bases o normas del Pliego en su caso, son de interés general, siendo que su cumplimiento interesa tanto al orden público como a los licitantes.¹⁰⁵

En Uruguay, si bien este principio no se encuentra recogido expresamente en el Artículo 149 del T.O.C.A.F., tanto la doctrina como la jurisprudencia constante del Tribunal de lo Contencioso Administrativo son contestes en afirmar que el mismo es un pilar en la materia, y se relaciona directamente con el principio de igualdad de los oferentes, del que considero que constituye un corolario.

Tradicionalmente en Uruguay, el Maestro del Derecho Administrativo nacional, **Profesor Enrique SAYAGUÉS LASO**, ha afirmado su carácter fundamental, seguido por distinguidos autores.

Por su parte, el **Profesor Juan Pablo CAJARVILLE** ha expresado que el principio de estricto ajuste a los pliegos:

¹⁰⁴ CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Mayo 2007, Pág. 303.

¹⁰⁵ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. “La Licitación Pública”, Ed. BdeF, Montevideo, Año 2005, Págs. 41 – 42 y 74 y 94.

“deriva necesariamente de otros dos que son la médula, no ya solamente de los procedimientos de selección del contratista, sino del régimen administrativo todo: el principio de legalidad, que impone a la Administración el respeto de todas las normas que rigen su organización y actividad, incluso las que ella misma haya dictado; y el principio de igualdad, en el tema igualdad de todos los oferentes, verdadera columna vertebral de la licitación pública y de los demás procedimientos de selección...” ¹⁰⁶

De esta forma, surge la obligatoriedad de observar las prescripciones de los bases creadas por la Administración en igual apego como a la Ley misma. Si bien en general se sostiene este postulado en referencia al oferente, el mismo en realidad se hace extensible a la persona pública contratante, quien cuenta con la facultad en la etapa preparatoria de establecer las condiciones que regirán la contratación, pero luego de culminada dicha etapa, debe cumplir y someterse a las disposiciones que unilateralmente creó.

El Tribunal de Cuentas en Uruguay se ha pronunciado en múltiples oportunidades haciendo referencia a la plena vigencia de este principio. Ejemplo de ello, lo constituye el pronunciamiento recaído al efectuar el control del gasto derivado de la Licitación Pública convocada por el Ente Autónomo denominado Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU), cuyo objeto era la adquisición de 1.500 impresoras láser o LED monocromáticas para red y locales.

En dicho procedimiento, el Pliego de Condiciones Particulares exigió que se cotizaran las impresoras con dos cartuchos de tóner. Ante el incumplimiento de una de las empresas oferentes que únicamente cotizó las impresoras con un cartucho de tóner que venía de fábrica, la Comisión Asesora al evaluar las ofertas, le adicionó el costo de un cartucho de tóner adicional.

Finalmente, el Ordenador del gasto resolvió adjudicar el llamado al oferente que había incurrido en esa situación.

106 CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, Ob. Cit., Pág. 311.

El TCR, por Resolución de fecha 22 de agosto de 2012, acordó observar el gasto por entender que vulneró la legalidad, lo cual mantuvo en su Resolución del 20 de marzo de 2013, expresando las siguientes consideraciones:

“Romis S.A. en su oferta, bajo el acápite “propuesta económica” cotizó el precio unitario de las impresoras, indicando que “el equipo ya viene de fábrica con un tóner de máxima capacidad de 20.000 páginas”, sin perjuicio de lo cual, la Administración consideró admisible su propuesta, procurando subsanar el incumplimiento referido mediante la adición del costo del segundo cartucho requerido por el Artículo 2.3.8.12 Inciso 12) de la Memoria Descriptiva, a la cotización de las impresoras, esgrimiendo que con dicho obrar se “penalizaba” a la firma proponente.

*En virtud de lo expuesto, se contravino ... **el principio de estricto ajuste a los Pliegos de Condiciones**, por cuanto no se presentó la oferta en los términos y forma establecidos en las bases del llamado, configurando el obrar de la Administración, una vulneración a los postulados del principio de igualdad de los oferentes, al conferir un tratamiento disímil a una firma que no dio cumplimiento a las disposiciones que rigieron el procedimiento respecto de las restantes, siendo que dicha firma devino incluso en adjudicataria.”*

Resultando 2.1) y 2.2) de la Resolución de fecha 20 de marzo de 2013.

Surge con claridad que el TCR afirma la plena vigencia del principio de estricto ajuste a los Pliegos de Condiciones (aún cuando el mismo no se encuentra indicado a texto expreso como tal en la normativa), conceptualizándolo como una derivación del principio de igualdad.

En virtud de todo lo expuesto debemos concluir que el cumplimiento de las bases de los respectivos llamados se encuentra vinculado con el tratamiento igualitario de los oferentes, y con el apego de la Administración a la regla de derecho, postulado inherente a todo Estado de Derecho.

Por otra parte, se ha entendido que otro corolario del principio de igualdad lo constituye el de inmutabilidad de las ofertas, por el cual las propuestas de los oferentes o licitantes no pueden ser modificadas posteriormente, salvo en aplicación de los institutos que la normativa prevea legítimamente. Ello tutela la igualdad de los competidores, a la vez que salvaguarda una competencia justa.

De todo lo expuesto surge la trascendencia del principio de igualdad. Cabe señalar que gran parte de la doctrina, manifestada en la exposición de diversos autores de diferentes nacionalidades, así como la jurisprudencia de varios países, se han manifestado indicando que el principio de igualdad es el pilar de la contratación pública y de él derivan los restantes principios, siendo éste un aspecto de gran trascendencia que se analizará más adelante.

B) COMPETENCIA O CONCURRENCIA

La competencia debe considerarse un principio general de la contratación pública, cuyo incumplimiento hace caer las bases mismas de cualquier sistema. En los diversos países se denomina a este principio de diferentes formas, habiéndose referido en algunos casos a competencia, libre competencia y concurrencia, entre otros términos que se utilizan.

La concurrencia, según ha manifestado el **Profesor uruguayo Juan Pablo CAJARVILLE**, significa:

“habilitar la participación igualitaria de todos quienes estén interesados en contratar y cumplan con los requisitos establecidos para ello” ¹⁰⁷

Así, el principio de competencia o concurrencia implica que se debe procurar que participen en los procedimientos de contratación la mayor cantidad de sujetos que se encuentren en condiciones de hacerlo, de manera que la Administración actuante cuente con la mayor cantidad de propuestas, que le permita seleccionar a quien resulte más idóneo para la prestación del objeto, en tutela del interés público.

Debemos tener presente que la existencia de competidores que puedan presentar sus ofertas y contender entre ellas, genera que la Administración Pública

107 CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012, Pág. 417.

cuenta con mas posibilidades, impactando en el mercado, donde el Estado asume su rol de demandante de bienes, servicios y obra pública.

Tal como señala el Profesor argentino **Agustín GORDILLO**, cabe tener presente que:

“interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias.” Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento”. ¹⁰⁸

Por otra parte, la jurisprudencia en regímenes de derecho comparado, se ha pronunciado haciendo referencia a la trascendencia del cumplimiento de los postulados de la concurrencia y la competencia para la satisfacción de la necesidad pública insatisfecha que motiva la realización de un procedimiento para la selección del co-contratante.

En este sentido, la jurisprudencia de Costa Rica ha indicado que resulta imprescindible:

“afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa... 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.” ¹⁰⁹

A nivel internacional, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su Artículo 9 establece que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados

¹⁰⁸ **GORDILLO, Agustín.** “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II, Cap. XII, Pág. 491 obtenido en www.gordillo.com el 11 de setiembre de 20/19.

¹⁰⁹ **SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA**, Voto N° 998-98 de las 11:30 hs. de fecha 16 de febrero de 1998.

en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

En el ámbito de la Unión Europea, las Directivas dictadas en el año 2014 desarrollan el principio de competencia, lo que ha llevado a la doctrina a indicar que las mismas

“exigen a los Estados miembros que aprueben normas sobre contratación pública con el propósito de que ésta se abra a la competencia”, siendo que la negación o falseamiento de la competencia “constituye una vulneración muy grave de las Directivas”¹¹⁰

Por otra, a nivel de la Organización de Estados Americanos (OEA), se destaca la Convención Interamericana Contra la Corrupción, la que promueve la adquisición de bienes y servicios en términos de publicidad, equidad y eficiencia, lo que supone inexorablemente el fomento de la competencia.

En Uruguay, el Artículo 149 del T.O.C.A.F. refiere en forma expresa al principio de concurrencia, el que implica competencia en sí misma. Por otra parte, su Artículo 33 establece que el “procedimiento competitivo” constituye la regla en materia de procedimientos de contratación pública. En efecto, dicha norma establece: *“Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y a lo previsto en la normativa vigente”*

De esta forma, la regla general es la competencia, y únicamente se podrá proceder a la selección directa del proveedor, en aquellos casos de excepción que la propia normativa prevé.

En España, el Artículo 132 de la LCSP hace referencia a la imposibilidad de limitar la participación en la contratación pública en forma indebida, y en especial en

¹¹⁰ **RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María.** “Los principios generales de la contratación pública”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Págs. 208 y 209.

su Numeral 3º mandata a los órganos de contratación a velar por la salvaguarda de la libre competencia, poniendo el acento en el cumplimiento del principio referido.

Cabe señalar que en los diversos países para analizar el principio de concurrencia debemos considerar asimismo, la normativa de promoción y defensa de la competencia, la cual le resulta enteramente aplicable en tanto el Estado se erige como un agente económico en el mercado al demandar bienes, servicios no personales y obras.¹¹¹

C) PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA.

El principio de publicidad, imperante en todo el obrar estatal, consiste en mostrar y dar a conocer lo que ocurre en la Administración Pública.

Si bien es un principio general que rige el obrar administrativo, adquiere en materia de contratación una relevancia singular. En efecto, dicho principio se vislumbra con claridad en la contratación pública por cuanto, en primer lugar, implica que todas las personas puedan conocer los procedimientos de contratación, a efectos de encontrarse en posibilidad de presentarse y participar de los mismos.

Por otra parte, el principio de transparencia tiene dos caras: una activa que implica mostrar lo que sucede y una pasiva, que refiere a dejar ver lo que sucede en la Administración.

La normativa de fuente internacional consagra ambos principios. En ese sentido, se destacan las previsiones de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Los principios referidos han cobrado una trascendencia significativa en los últimos tiempos. En efecto: de la plena vigencia del principio de publicidad imperante, se ha avanzado hacia la transparencia, como verdadero pilar en un Estado de Derecho, siendo que, como ha manifestado el Profesor **Carlos**

¹¹¹ En este sentido: **ZAK GODOY, Pablo y PINTO NERÓN, Ximena**. “Defensa de la competencia y contratación pública”, Capítulo IX del libro *“Derecho de la Competencia”*, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay. Junio de 2020.

DELPIAZZO, la misma implica que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal.¹¹²

La transparencia constituye una extensión del principio de publicidad, el cual supone una posición activa de la Administración, siendo que aquella se enfoca en permitir que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa. De esta forma, actuar en forma transparente no sólo implica mostrar sino también dejar ver qué es lo que se está haciendo y cómo se está realizando.

En el ámbito de la contratación pública se manejan fondos públicos por lo que adquiere enorme trascendencia que la conozca cómo es su gestión y empleo, así como se tenga la posibilidad de acceder a información sobre las oportunidades de contratación con el Estado y las diversas instancias llevadas a cabo a dichos efectos.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe existir en equilibrio ponderado entre los principios aplicables. De esta forma, en aplicación del principio de transparencia se erige la regla general de que la información que poseen las Administraciones Públicas es pública, y por ende, abierta al acceso por parte de las personas.

No obstante, existen otros aspectos que merecen ser protegidos y por eso surgen como excepciones a la regla general, las hipótesis de información secreta, reservada y confidencial.¹¹³

En especial, nos referiremos a la confidencialidad más adelante, pero debemos reafirmar desde ya que la transparencia y la publicidad son los principios, por lo que toda excepción debe ser interpretada de forma estricta.

112 DELPIAZZO, Carlos E. “Transparencia en la contratación administrativa”, en “Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni”, FCU, 1ª Ed., Montevideo – Uruguay, Abril 2005.

¹¹³ En este sentido: **SENA, Sonia.** “La Ley No. 18.834 y su incidencia en la Ley de Acceso a la Información Pública”, en el libro “Renovación de la Contratación Pública”, AAVV, DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Agosto de 2013, Págs. 407 – 414.

D) BUENA FE

El principio de buena fe es un principio general de derecho, sin perjuicio de lo cual en gran cantidad de ordenamientos jurídicos se lo señala también dentro de los principios específicos de la contratación pública.

Ello por cuanto, como ha señalado el **Profesor Juan Pablo CAJARVILLE**, los autores en general lo aluden en este sector de actividad expresando:

“que requiere de ambas partes una conducta honesta inequívoca veraz transparente que no traicione la confianza razonable de la otra parte.”¹¹⁴

Como manifestación del principio de buena fe encontramos la llamada “teoría de los actos propios” (del latín: “non venire contra factum proprium”), por la cual se espera un comportamiento consecuente de las personas, y por ende, no se admite que un sujeto atente contra su propia conducta anterior dado que con ello generó la confianza en los otros de un obrar en el mismo sentido que el que se venía desarrollando.

Llevado a la contratación pública, la teoría de los actos propios hace que – entre otros aspectos - exista la legítima confianza de que la Administración se ceñirá a las reglas del procedimiento y la contratación que realice, mientras que por parte de los proveedores, esa confianza se traduce en que competirán en forma limpia, sin procurar obtener beneficios indebidos, y ajustarán su obrar a las ofertas que formulen.

Es decir que la buena fe en aplicación de la teoría de los actos propios se vincula también al denominado principio de estricto ajuste a los pliegos, referido al analizar el principio de igualdad.

114 CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012, Pág. 420.

E) RECONOCIMIENTO MUTUO

El principio de reconocimiento mutuo se aplica en la contratación pública implica que los Estados reconocen y aceptan en forma recíproca actuaciones producidas en otros Estados.

Resulta trascendente referir a la aplicación en los diversos países de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente internacional (Tratados), así como de fuente interna.

En el primer caso, existen múltiples Tratados que regulan, entre otros aspectos, la capacidad para contratar de las empresas originarias de un país, que pretende brindar sus productos o servicios en otro.

Esto sucede en particular en los países comunitarios. Es por ello que en el principio referido ha sido reconocido a texto expreso en **España**. El Profesor **Jaime PINTOS SANTIAGO** ha expresado a su respecto que:

“Debe reconocerse y aceptarse la participación de todas las empresas y entidades que cumplan las especificaciones técnicas, jurídicas y administrativas exigibles. Estas especificaciones deberán responder a la necesidad real sin realizar una restricción artificial de la competencia.”¹¹⁵

Este principio procura contar con una contratación pública de acceso igualitario y transparente, y pretende fomentar la libre competencia en la contratación del Estado, constituyendo un pilar del Derecho de la Unión Europea. El Profesor **José Antonio MORENO MOLINA** ha expresado que:

“de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo, un Estado miembro debe aceptar los productos y servicios prestados por operadores económicos de otro Estado miembro. Debe aceptar igualmente las prescripciones técnicas y los controles, así como

¹¹⁵ **PINTOS SANTIAGO, Jaime**. “Compliance: Principios aplicables en la contratación pública”, publicado en: <https://www.jaimepintos.com/compliance-principios-aplicables-en-la-contratacion-publica/> Consultado el 15/4/23.

los títulos, los certificados y las cualificaciones exigidos en otro Estado miembro a partir del momento en que se reconozca la equivalencia de estos elementos.”¹¹⁶

La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el derecho español surge de la LCSP, que en múltiples disposiciones lo recoge, como ser en las normas sobre capacidad para contratar contenidas en el Artículo 84 de la LCSP, entre otras.

En Uruguay, se advierte el principio de reconocimiento mutuo por ejemplo, en la aprobación del acuerdo de contratación pública entre dicho país y la República de Chile, aprobado por Ley No. 18.909 de 23 de mayo de 2012.

Por otra parte, se procura adoptar normas también en los mecanismos de Derecho Internacional Privado de fuente interna.

F) RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad constituyen un parámetro básico de actuación administrativa y en materia de contratación pública adquieren una relevancia singular.

En particular, la proporcionalidad se analiza frecuentemente en el ámbito del derecho sancionatorio, pero la misma tiene importantes proyecciones en el ámbito cuyo estudio nos ocupa.

Por su parte, la razonabilidad también ha sido analizada desde diversos sectores del Derecho, siendo definida por la **Profesora uruguaya Susana LORENZO** como:

¹¹⁶ **MORENO MOLINA, José Antonio.** “Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas”, Editorial Bomarzo, Albacete – España, Año 2006, Pág. 64.

“... un principio general de derecho al que debe adecuarse la Administración, que implica congruencia, proporción y adecuada relación entre los tres elementos que integran la norma que atribuye competencia a la Administración...”¹¹⁷

En consecuencia, de acuerdo a indicado por la docente referida se debe verificar la presencia debidamente equilibrada de dichos aspectos en el supuesto de hecho, en la consecuencia jurídica y en el fin de la norma atributiva de competencia.

Asimismo, en análisis de la aplicación del principio en el ámbito de la contratación pública, el Profesor **Carlos DELPIAZZO** manifiesta que la razonabilidad:

“impone que la actuación pública sea idónea, indispensable y proporcionada, es decir, adecuada en relación al fin debido, necesaria respecto a los demás medios igualmente eficaces, y proporcionada en la ecuación costo beneficio y en el respeto de los derechos involucrados”¹¹⁸

Cabe notar que en ambas definiciones al referir a la razonabilidad se menciona la necesidad de un obrar proporcionado. Ello por cuanto, si bien razonabilidad y proporcionalidad no son exactamente lo mismo, existe un vínculo estrecho entre ambos dado que la proporcionalidad supone la ponderación entre el costo y el beneficio, así como en los derechos en juego, lo que supone un obrar conforme a la razón, que no es otra cosa que la actuación en parámetros de sentido común y lógica.

¹¹⁷ **LORENZO, Susana**. “Potestad Disciplinaria”, publicado en “El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad”, AAVV, ROTONDO, Felipe (Coordinador), Editorial FCU, Montevideo - Uruguay, 1ª Edición, Setiembre de 2014, Pág. 485.

¹¹⁸ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, Editorial FCU, Montevideo - Uruguay, 1ª Edición en FCU, Junio de 2019, Pág. 57.

En **España**, se reconoce el principio de proporcionalidad en variadas disposiciones, como ser:

- **Artículo 74 LCSP:** *“Exigencia de solvencia... 2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser **proporcionales** al mismo.”*
- **Artículo 87 LCSP:** *“Acreditación de la solvencia económica y financiera... 4. La solvencia económica y financiera requerida deberá resultar **proporcional** al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el Artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas.”*
- **Artículo 132 LCSP:** *“Principios de igualdad, transparencia y libre competencia. 1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y **proporcionalidad**.”*
- **Artículo 145 LCSP:** *“Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato”*
Numeral 5: Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:
 - a) *En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este Artículo.*
 - b) *Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y **proporcionalidad**, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.”*

En **Uruguay**, no existen referencias expresas al principio de proporcionalidad en el TOCAF. Sin perjuicio de ello, entiendo que la proporcionalidad es uno de los elementos que integran el concepto mismo de razonabilidad, por lo que personalmente considero que ese Texto Ordenado reconoce dicho aspecto al regular el obrar razonable, en parámetros de buena administración.

Cabe señalar que el TOCAF que rige desde el 1º de junio de 2012 incorporó en su **Artículo 149 Literal C)** a texto expreso la referencia al **principio de razonabilidad** dentro del elenco de los principios de la contratación pública reconocidos expresamente. De esta forma, encontramos las siguientes disposiciones normativas que refieren a un obrar razonable:

- **Artículo 149 TOCAF:** *“Los principios generales de actuación y contralor en materia de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera del Estado serán los siguientes: ... C) **Razonabilidad.**”*
- **Artículo 63 inciso 2 TOCAF:** *“Las ofertas deberán ajustarse **razonablemente** a la descripción del objeto requerido, teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo.”*
- **Artículo 65 inciso final TOCAF:** *“En todos los casos, al informar se deberá:
A) Prever **razonablemente** una ejecución efectiva y eficiente del contrato...”*

Vinculado con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, existe la tendencia en Derecho comparado de *“privilegiar la competencia entre oferentes en los procedimientos de selección a través de un mayor informalismo o un formalismo moderado”* ¹¹⁹

Es por ello que en Uruguay se recogen como principios propios de la contratación pública los de flexibilidad, ausencia de ritualismo y veracidad salvo prueba en contrario.

En conclusión, en virtud de lo expuesto debemos concluir que rigen en plenitud en la contratación pública los principios anteriormente referidos, los que, conforme analizaremos más adelante, tienen proyecciones de gran importancia en temas de libre competencia.

¹¹⁹ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, Editorial FCU, Montevideo - Uruguay, 1ª Edición en FCU, Junio de 2019, Pág. 54.

G) EFICIENCIA

El término eficiencia debe ser diferenciado del de eficacia. Así, mientras la eficacia supone lograr los objetivos propuestos, la eficiencia por su parte supone maximizar el resultado, logrando el mejor escenario.

La Administración Pública debe cumplir a cabalidad con ambos principios, por cuanto debe obrar en forma eficaz y eficiente.

Tanto en España como en Uruguay se ha reconocido a la eficiencia como un principio del obrar administrativo, y también, como uno propio de la contratación pública.

En **España** se recoge el principio en múltiples disposiciones, debiéndose destacar lo dispuesto por el Artículo 1.3 de la LCSP, norma que al referir al objeto y finalidad de la Ley preceptúa:

*“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una **mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos...**”*

En **Uruguay**, también el primer Artículo del cuerpo madre de la contratación pública refiere a este aspecto. En efecto, el Artículo 1º del TOCAF en su Numeral 2º, establece:

*“Las disposiciones de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado deberán aplicarse de acuerdo con prácticas de transparencia, celeridad y **eficiencia**, en base a las normas vigentes.”*

No es casual que la regulación normativa haga referencia a la eficiencia como una guía del obrar desde el inicio. Es que una actuación ineficiente implica un mal uso de los fondos públicos asignados, y corroe la idea de servicio que va ínsita en el concepto de administrar.

De esta forma, la Administración debe ser eficiente, lo que implica el correcto uso de los fondos públicos, es decir, del dinero de la población toda.

VII.2.7. Relación entre los principios: complementariedad y armonización.

En la contratación pública resulta imprescindible que se produzca el debido cumplimiento de los principios que la rigen, tal como se ha analizado precedentemente.

Ello por cuanto los principios son la guía que inspira todo el sistema de la contratación pública. De esta forma, es necesario que los principios se cumplan todos y en su justo término.

Empero, es necesario advertir que diariamente se producen en los diferentes países situaciones que requieren de un profundo estudio para determinar cómo deben aplicarse los principios en forma armonizada, y sin que la aplicación de uno de ellos genere la vulneración de otros.

A mi entender, la vulneración de principios genera una especie de “efecto dominó”, que se produce de la siguiente forma: la contravención a los postulados de un principio afecta a otros principios, de manera que difícilmente en una situación se contravenga un principio en forma exclusiva. Es por ello que es necesario ser cuidadoso en su aplicación, en forma ponderada, razonable y armónica.

Como señala **Robert ALEXY**, los principios son mandatos de optimización¹²⁰, por lo que tienen como característica no ser absolutos; lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que:

*“en particular, los principios no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie, porque presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas.”*¹²¹

¹²⁰ Cfe. **ALEXY, Robert**, “El concepto y la validez del derecho”, Ed. Gedisa, 2ª Edición, Febrero 2004.

¹²¹ **LORENZETTI Ricardo L.** “El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores”, en Revista “La Ley” “A”, Año 1998, Pág. 1042.

En especial en la contratación pública, diversos autores señalan al principio de igualdad como el principio que sustenta a los restantes principios.

En ese sentido, analizando el ordenamiento jurídico uruguayo, el Profesor **Juan Pablo CAJARVILLE** ha expresado que:

*“del principio de igualdad, además de numerosas soluciones concretas del procedimiento de contratación, derivan otros principios más específicos; de manera tal, que este gran principio moldea y condiciona la aplicación en cada caso de esos otros principios y de aquellas soluciones derivadas.”*¹²²

Al respecto, dicho autor manifestó que los principios de publicidad, concurrencia, imparcialidad, e incluso el de “inmutabilidad de las ofertas” derivan todos del principio de igualdad.¹²³

Ello por cuanto, si no existiera publicidad, no se podría dar la igualdad que permitiera que todos los que estén interesados en contratar con el Estado puedan formular su propuesta, por lo que la publicidad y la transparencia encuentran su sustento en la igualdad.

Por otra parte, si no existiera igualdad, no sería posible lograr la concurrencia, siendo que el autor mencionado indica que:

*“el principio de concurrencia no es otra cosa que la aplicación del principio de igualdad a todos quienes puedan tener interés en contratar con la Administración”, por cuanto la concurrencia significa “habilitar la participación igualitaria de todos quienes estén interesados en contratar y cumplan con los requisitos establecidos para ello.”*¹²⁴

122 CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012, Pág. 416.

123 CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012, Págs. 416 – 418.

124 CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO. “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012, Pág. 417.

En **España**, se ha referido también a la importancia del principio de igualdad como cardinal, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

Así, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), dictada en la Villa de Madrid con fecha 17 de octubre de 2000, en la que se afirmó que:

*“entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación ... tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación ...: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades.”*¹²⁵

La doctrina por su parte, ha indicado que:

*“el principio de igualdad y no discriminación es el principio básico que se inserta en la cúspide del ordenamiento jurídico, puesto que tanto el Derecho originario de la Unión Europea (TUE, TFUE y Carta de los Derechos Fundamentales) como la CE lo consagran. Así pues puede ser considerado como el principio primario de la contratación pública, al que se vinculan los demás principios...”*¹²⁶

Por otra parte, a nivel de derecho comparado, la vinculación del principio de igualdad de los oferentes con el de concurrencia o competencia es señalada frecuentemente por doctrina y jurisprudencia. En ese sentido, se ha dicho que:

“la participación en condiciones igualitarias de todos los potenciales oferentes, garantiza la libre concurrencia o competencia de éstos con el propósito de resultar adjudicatarios

¹²⁵ Obtenida con fecha 11 de setiembre de 2019 en <https://supremo.vlex.es/vid/-51930560>

¹²⁶ **RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María.** “Los principios generales de la contratación pública”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Pág. 191.

del respectivo contrato administrativo, de modo que se trata de principios complementarios.” ¹²⁷

De acuerdo a lo analizado cabe concluir que toda contratación pública se construye sobre los cimientos del principio de igualdad, siendo que además existe un elenco de principios - todos complementarios entre sí - que constituyen su corolario y lo reafirman, debiendo aplicarse todos en forma ponderada.

Así, el acatamiento de los principios en materia de contratación pública ponderadamente es de gran magnitud por cuanto, como ha señalado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

“la transgresión de esos principios generales que garantizan la seguridad de los oferentes, supone la nulidad de la adjudicación.” ¹²⁸

¹²⁷ **JINESTA LOBO, Ernesto.** “Contratación administrativa”, Tomo IV del Tratado de Derecho Administrativo, 1ª Edición, Ed. Guayacán, Costa Rica, Págs. 217 y siguientes.

¹²⁸ En este sentido: **TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia N° 12 de 3 de febrero de 1999** por la que dispuso la anulación de la Resolución mediante la cual la Administración Nacional de Educación Pública adjudicó la Licitación Abreviada N° 10/96 para la adquisición de hasta 100 fax.

VII.3. PROCEDIMIENTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Un aspecto fundamental en materia de competencia en la contratación pública lo constituye la temática referida al procedimiento de selección del co-contratante. En consecuencia, analizaremos los principales aspectos en los países objeto de estudio.

VII.3.1 URUGUAY

En el derecho positivo uruguayo se establecen ciertos procedimientos para la elección del co-contratante, y por ende, para la formación del contrato.

El actual **Artículo 33 del TOCAF** establece:

“las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto...”

De lo expuesto surge que la regla general en materia de contratación pública en Uruguay es la de **PROCEDIMIENTO COMPETITIVO**, es decir que se requiere la existencia de contienda o puja para la selección del co-contratante.

Dicha regla general en lo procedimental resulta una aplicación directa de los principios de igualdad de los oferentes y concurrencia, reconocidos a texto expreso en el Artículo 149 del TOCAF.

De esta forma, el norte a seguir por las diversas Administraciones Públicas Estatales cuando se enfrentan a una necesidad pública que requiere ser satisfecha es el de procurar abrir a la competencia en el mercado, con la finalidad de obtener la oferta más ventajosa para el Estado mediante la selección entre la mayor cantidad de propuestas posibles.

Así, la normativa indica que se debe convocar a un procedimiento competitivo, que puede ser una Licitación Pública u otro que se determine, con lo cual pone en pie de igualdad al procedimiento que menciona con los otros previstos

en la normativa vigente, siempre que se configuren los extremos para su procedencia.

Además, el propio Artículo 33 del TOCAF establece que la selección del procedimiento para el caso concreto deberá efectuarse considerando el objeto de la contratación y la aplicación de los principios que rigen la misma.

Cabe indicar que los procedimientos o tipo de contratación que se prevén en Uruguay, de acuerdo a la configuración de ciertos extremos pueden graficarse de la siguiente forma:

PROCEDIMIENTOS SEGÚN EL MONTO	<ul style="list-style-type: none">- Licitación Pública: Artículo 33 del TOCAF- Licitación Abreviada: Artículo 33 lit. a) del TOCAF- Concurso de Precios: Artículo Literal b) del TOCAF- Contratación Directa: Artículo 33 lit. c) del TOCAF
CONTRATACIÓN POR CAUSALES DE EXCEPCIÓN GENÉRICAS	Contratación Directa u otro procedimiento que el Ordenador determine: Artículo 33 lit. d) del TOCAF
OTROS PROCEDIMIENTOS	<ul style="list-style-type: none">- Pregón o puja a la baja: Artículo 34 del TOCAF- Subasta o Remate: Artículo 35 del TOCAF- Convenios Marco: Artículo 36 del TOCAF- Procedimientos especiales: Artículo 37 del TOCAF- Entre otros.

Asimismo, debemos indicar que recientemente, el Artículo 40 de la Ley No. 20.075 de 20 de octubre de 2022 introdujo una nueva modalidad de racionalización de las compras públicas, como son los **Sistemas Dinámicos de Adquisición (SDA)**.

Al respecto, la norma dispone:

“El Poder Ejecutivo podrá crear, con el asesoramiento de la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE) y previo dictamen del Tribunal de Cuentas, un régimen de sistemas dinámicos de adquisición, para las contrataciones corrientes de las administraciones públicas estatales.

A tal efecto, la reglamentación deberá contemplar los siguientes aspectos:

1) El procedimiento será totalmente electrónico y se efectuará a través de los sistemas informáticos que disponga la ARCE.

2) El procedimiento consistirá en dos etapas. La primera implicará la confección de una nómina de proveedores precalificados para proveer bienes, servicios u obras de determinadas categorías, mientras que en la segunda etapa se celebrarán contratos específicos con los proveedores previamente admitidos en la nómina.

3) La conformación, vigencia y funcionamiento, así como la actualización de la nómina o las categorías podrán realizarse en la forma que resulte más adecuada de acuerdo al objeto a contratar.

4) La convocatoria para integrar la nómina será realizada por la ARCE, pudiendo esta, en función del objeto de contratación, autorizar a otra administración pública estatal a que promueva su desarrollo y administración.

5) Los bienes, servicios u obras deberán ser de uso corriente por parte de las administraciones públicas estatales, con características generalmente disponibles en el mercado e incluidos en categorías elaboradas sobre la base de criterios objetivos.

6) Disponer el proceso por el cual se podrán celebrar los contratos específicos con los proveedores de la nómina y en cuya convocatoria se establecerán los criterios de adjudicación. La selección en esta segunda etapa deberá efectuarse mediante un procedimiento competitivo, salvo cuando -por la naturaleza del mercado o el tipo de prestación- se deba prever un mecanismo de asignación alternativo, para lo cual deberá asegurarse el efectivo cumplimiento de los principios de la contratación administrativa.

Cualquier administración pública estatal o persona pública no estatal podrá adquirir a través de los sistemas dinámicos de adquisición que se encuentren disponibles, salvo que el pliego de condiciones disponga lo contrario.

El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la ARCE, previo dictamen del Tribunal de Cuentas, podrá establecer la obligatoriedad de la utilización por parte de las

administraciones públicas estatales de adquirir determinados bienes, servicios u obras a través de un determinado procedimiento de sistema dinámico de adquisición.”

Dicha técnica nóvel en el país aún no ha sido reglamentada, no obstante lo cual se destaca desde ya la incidencia de los regímenes europeos en su instrumentación a nivel legal.

Los procedimientos especiales de contratación pública establecidos en Uruguay pueden clasificarse de la siguiente manera:

1) Procedimientos según el monto.

En consideración al monto de la contratación, se prevén cuatro tipos de contrataciones, siendo que tres de ellas derivan de procedimientos competitivos.

El régimen imperante implica que se prevén montos tope hasta los cuales pueden realizarse determinados procedimientos, lo cual puede graficarse de la siguiente forma:

a) ORGANISMOS COMUNES:

PROCEDIMIENTO	MONTOS AÑO 2022	MONTOS AÑO 2023
Licitación Pública	+ \$11:012.000	+ \$11:944.000
Licitación Abreviada	\$ 11:012.000	\$ 11:944.000
Concurso de Precios	\$ 1:101.000	\$ 1:194.000
Compra Directa	\$ 220.000 (Organismos comunes)	\$ 239.000 (Organismos comunes)
	\$ 826.000 (Gov. Dep.)	\$ 896.000 (Gov. Dep.)

b) ORGANISMOS CON TOPES AMPLIADOS: ¹²⁹

Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado y otros Organismos que obtengan la autorización por parte del Poder Ejecutivo, todos en cumplimiento del Artículo 44 del TOCAF.

PROCEDIMIENTO	MONTOS AÑO 2022	MONTOS AÑO 2023
Licitación Pública	+ \$ 55:060.000	+ \$ 59:720.000
Licitación Abreviada	\$ 55:060.000	\$ 59:720.000
Concurso de Precios	\$ 5:506.000	\$ 5:972.000
Compra Directa	\$ 1:101.000	\$ 1:194.000

¹²⁹ El **Artículo 44 del TOCAF** establece que se amplían los montos tope para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, comprendidos en el Artículo 221 de la Constitución de la República, siempre que:

1. Posean un sistema de gestión y control interno en las áreas vinculadas a las contrataciones, basado en procesos documentados y auditados y que se encuentren almacenados y respaldados por un sistema de información que cumpla con los estándares definidos en la materia por la Agencia de Gobierno Electrónico, Sociedad de la Información y el Conocimiento (AGESIC) y con los estándares de contratación pública definidos por la Agencia Reguladora de Compras Estatales.
2. Los procesos indicados en el literal anterior cumplan con los estándares de interoperabilidad y estén integrados electrónicamente con el Registro Único de Proveedores del Estado y con el catálogo único de bienes y servicios de la Agencia Reguladora de Compras Estatales.

Realicen en tiempo y forma la publicación del plan anual de contratación y publiquen todo lo relativo a sus contrataciones, cuando estas superen el límite del procedimiento de compra directa, en el sitio web de la Agencia Reguladora de Compras Estatales.

Este régimen será renovable por períodos de dos años, por decisión fundada del Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Agencia Reguladora de Compras Estatales sobre el cumplimiento de las exigencias previstas, debiendo contar, asimismo, con el previo dictamen del Tribunal de Cuentas.

Se prevé que el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Agencia Reguladora de Compras Estatales y previo dictamen del Tribunal de Cuentas, puede autorizar este régimen, total o parcialmente, a otros organismos públicos que lo soliciten, siempre que cumplan dichos requisitos y sea conveniente por razones de buena administración.

Cuanto mayor sea el monto de la contratación, mayores son las garantías que el Derecho uruguayo prevé en materia de procedimientos. De esta forma, el procedimiento de mayores garantías es el de Licitación Pública, siguiendo por la Licitación Abreviada y el Concurso de Precios.

Para montos menores, se prevé la Contratación Directa, la cual constituye una excepción a la competencia, y procede en el esquema previsto para contrataciones que implican erogaciones de bajas sumas de dinero.

Cabe destacar que a efectos de determinar el procedimiento aplicable en consideración al monto, se debe estimar la prestación requerida en forma global, por lo que debe comprender la totalidad de la erogación. Esto implica que se debe considerar todos los impuestos, en especial el Impuesto al Valor Agregado (IVA), como lo recuerda el Artículo 156 del TOCAF.

Asimismo, si se trata de una prestación a plazo, debe considerarse todo el período en que la contratación se desarrollará, por lo que si las bases del llamado previeron prórrogas de plazo, también se deben tener en cuenta.

El Ordenador del gasto, jerarca competente para disponer erogaciones, dictará una Resolución disponiendo el llamado, seleccionando el procedimiento aplicable. Dicho acto administrativo deberá dar cumplimiento al principio de motivación, el que requiere que se expresen las razones de hecho y fundamentos de derecho que dan lugar a la decisión adoptada.

Es menester indicar que el Ordenador del gasto siempre puede disponer un procedimiento más garantista previsto como posible para montos mayores, pero nunca uno menos garantista.

2) Contratación por causales de excepción genéricas.

El Artículo 33 del T.O.C.A.F. en su Literal D) refiere a la posibilidad de contratar en forma directa o por el procedimiento que el ordenador determine por

razones de buena administración, en ciertas hipótesis que contempla la norma en diversos numerales.

En efecto, ante la configuración de cualquiera de dichas hipótesis, la norma concede la facultad al Ordenador de aplicar dos posibles procedimientos, a saber:

- Contratación directa: Tal como ha expresado la doctrina, hablamos de contratación directa para referirnos al procedimiento “*por el cual se elige el contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes*” ¹³⁰
- Otro procedimiento que el Ordenador determine: el Ordenador puede entender que existe un procedimiento idóneo para lograr los fines que se persiguen. Un ejemplo de ello lo constituye un procedimiento de concurso o pedido de precios.

En primer lugar, cabe señalar que:

- La norma otorga la facultad a la Administración actuante para – ante la configuración de alguna de las situaciones de excepción previstas – acudir a la contratación directa sin importar el monto, o bien a otro procedimiento que el Ordenador del gasto determine.
- No obstante, una vez que el Ordenador adopta uno de los dos caminos habilitados normativamente, no es posible invocar la procedencia del otro para cambiar su actuación. En efecto, en varios casos han existido Administraciones Públicas Estatales que ante la configuración de una causal de excepción han procedido por un procedimiento que el Ordenador elige, muchas veces competitivo, con bases y reglas claras. No obstante, luego, con las ofertas a la vista invoca que se encontraba en sus potestades seleccionar al cocontrante en forma directa y vulnerando las bases por él mismo creadas, adjudica al proveedor que desea. Dicha práctica resulta contraria a la competencia y socava los postulados de la contratación pública.
- Las contrataciones por causales de excepción genéricas deben ser autorizadas por los Ordenadores Primarios, esto es, los jefes máximos de

130 DROMI, Roberto. “Licitación Pública”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Año 1999, Pág. 117.

cada Organismo. Sin perjuicio de ello, éstos podrán delegar esta atribución en los Ordenadores Secundarios, en los casos y por los montos máximos que determinen por resolución fundada, explicitando las razones de hecho y de derecho que la justifican.

Por otra parte, es menester destacar que la tendencia legislativa en Uruguay fue la de aumentar este tipo de supuestos de excepción. Ello generó la preocupación tanto de la doctrina como de los Organismos con competencia en materia de contratación pública.

Al respecto, la propia **Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia** encomendó la realización de un informe técnico sobre la normativa en compras públicas. Por Informe No. 15/015 del 12 de marzo de 2015, los servicios técnicos advirtieron la preocupación por el empleo de las causales de excepción y recordaron que *“si bien son admisibles las excepciones previstas por razones de interés general, la libertad e igualdad se erigen, no sólo como derechos humanos, sino también como Principios Generales de Derecho.”*

La Comisión por su parte, dictó la Resolución No. 21/015 con fecha 13 de marzo de 2015, emitiendo una recomendación no vinculante a las autoridades públicas que revisten como Ordenadores de gasto, exhortándoles a utilizar la contratación directa sólo para casos excepcionales, disponiendo hacer público el informe técnico precedente con la máxima difusión.

La proliferación de supuestos de excepción a los procedimientos competitivos se encontró en proliferación continua hasta el año 2020. En efecto, por Ley No. 19.889 del 9 de julio de 2020, luego de una revisión de las causales de excepción se dispuso eliminar algunas, reorganizar otras y en definitiva, armonizar el sistema. ¹³¹

¹³¹ A mayo del año 2023, se contabilizan 37 causales de excepción genéricas.

A efectos del presente análisis referido a la libre competencia, resulta necesario hacer mención a algunas de dichas hipótesis de excepción. La norma referida, dispone:

“Artículo 33 del TOCAF. Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y a lo previsto en la normativa vigente.

No obstante, podrá contratarse:

- 1) Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales.*
- 2) Cuando la licitación pública, abreviada, remate o concurso de precios resultaren desiertos, o no se presentaren ofertas válidas o admisibles, o cuando las mismas fueran manifiestamente inconvenientes y existan circunstancias debidamente fundadas que impidieran llevar a cabo un nuevo procedimiento competitivo. Verificados tales extremos, con constancia expresa de ello en las actuaciones, la contratación deberá hacerse con especificaciones del bien, del servicio, o de ambos, idénticas a las del procedimiento original y, en su caso, con invitación a los mismos oferentes y a los que la Administración estime necesario.*
- 3) La adquisición de bienes o la contratación de servicios cuya fabricación o suministro sea exclusiva de quienes tengan privilegio para ello, o que solo sean poseídos por personas o entidades que tengan exclusividad para su venta, siempre que no fuera posible su sustitución por elementos similares. Las marcas de fábrica de los distintos productos y servicios no constituyen por sí mismas causal de exclusividad, salvo que por razones técnicas se demuestre que no hay sustitutos convenientes. En cada caso deberán acreditarse en forma fehaciente los extremos que habilitan la causal, acompañando el informe con la fundamentación respectiva.*
- 4) Cuando el bien o servicio integre de manera directa o indirecta la oferta comercial de una entidad pública, que actúe en régimen de competencia.*
- 9) Cuando las circunstancias exijan que la operación deba mantenerse en secreto.*
- 10) Cuando medien probadas razones de urgencia no previsibles o no sea posible la licitación, concurso de precios o remate público, o su realización resienta seriamente el servicio, extremos cuya invocación deberá fundamentarse en forma detallada, constituyendo un aspecto sustancial en la motivación del acto que dispone el procedimiento de excepción*

35) La constitución de fideicomisos y contratación de servicios con fiduciarias profesionales de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad con participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas, propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. La propiedad del Estado o de persona pública no estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato.”

Una vez transcritas algunas de las causales, corresponde analizar sucintamente, las siguientes:

2.1) Contratación entre Organismos del Estado y con personas públicas no estatales.

Esta causal de excepción atiende al co-contratante. En efecto, si el co-contratante es uno de los indicados por la norma, se configura la causal, habilitando al Ordenador a proceder a la contratación en forma directa o por el procedimiento que él mismo determine, debiéndose tener presente que procede cualquiera sea el monto que constituye la erogación a cargo del Estado.

La norma ha tenido una vasta y profunda evolución, que ha sido ampliamente debatida.¹³²

Así, se procederá al análisis de la norma, destacándose tres cuestiones:

- i) Co – contratantes contemplados por la norma.
- ii) Prohibición de participación en forma directa o indirecta de empresas privadas.
- iii) Vinculación de la disposición analizada con la libre competencia.

¹³² Al respecto, ver: **ZAK GODOY, Pablo y PINTO NERÓN, Ximena.** “Defensa de la Competencia y contratación pública”, publicado en “Derecho de la Competencia”, Autores Varios, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay, Págs. 521 a 528.

i) Co – contratantes contemplados por la norma.

Anteriores redacciones que fueran conferidas al actual Literal D) Numeral 1) del TOCAF, suscitaron la discusión entre los diversos operadores jurídicos y de los aplicadores y los órganos de control, acerca de cuáles eran los co-contratantes contemplados por la norma.

La nueva redacción conferida por la Ley No. 19.889 de julio de 2020 ha resultado clara en cuanto a qué cocontratantes alcanza la disposición normativa, en tanto explicita que la contratación al amparo de esta causal se efectúa: “*Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales.*”

De esta forma, respecto de los cocontratantes referidos por la norma podemos indicar lo siguiente:

▪ **Organismos o dependencias del Estado.**

El Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ** entiende que:

“la palabra Estado está tomada en sentido de Estado aparato en su acepción lata, incluyendo al Estado persona pública estatal mayor, cada uno de los Gobiernos Departamentales y cada uno de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.”

133

El Profesor **Carlos DELPIAZZO**, por su parte, expresa que cuando la norma de excepción menciona a Organismos o dependencias estatales:

“debe ser interpretado en el sentido de que quien contrata es siempre una persona jurídica, un sujeto de derecho, una Administración pública actuando en ejercicio de función administrativa. Pero lo hace a través de distintos órganos (o “dependencias” en sentido impropio), que son los ordenadores competentes...” ¹³⁴

133 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la Licitación Pública”, publicado en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIV, FCU, Pág. 36.

134 DELPIAZZO, Carlos E. “Contratación Administrativa”, Ed. UM, Montevideo, Año 1999, Pág. 124.

Tradicionalmente, la doctrina ha justificado la contratación mediante procedimiento de excepción entre personas públicas estatales invocando diversos argumentos. En ese sentido, el Dr. **Manrique EGUREN** ha indicado que:

“esta excepción se justifica, porque cuando es el propio Estado, por intermedio de cualquiera de los Organismos que lo integran, el que va a cumplir el suministro, realizar la obra o prestar el servicio de que se trata, a otro Organismo o dependencia del propio Estado, se supone que no hay posibilidad de fraude ni de connivencia con los funcionarios que han de resolver la operación; y que los Organismos públicos se cobran entre sí el precio justo del servicio o prestación.” ¹³⁵

▪ **Personas Públicas No Estatales.**

Las características básicas de las Personas Públicas no estatales han sido determinadas y definidas en el ordenamiento jurídico uruguayo, por el Maestro del Derecho Administrativo nacional, el Profesor Enrique Sayagués Laso. No obstante, los caracteres tradicionales señalados por el mismo han variado en la evolución de la categoría.

Nos encontramos ante personas públicas ya que se rigen predominantemente por el Derecho Público en virtud del interés público que persiguen, pero no son estatales, por cuanto no integran la organización estatal.

Son creadas por ley, característica que se ha mantenido desde sus arbores, siendo que a mayo de 2023 existen en Uruguay más de 40 personas jurídicas de este tipo, todas con diversos cometidos y caracteres.

Tal como ha señalado el Profesor **Juan Pablo CAJARVILLE**,

“depende del Derecho público su propia existencia; su existencia no depende de la voluntad de los particulares, como en el caso de las personas de Derecho privado, depende de la voluntad del Estado, quien con un acto de imperio, a través de una Ley, dispone que existan; es el Estado además quien les atribuye cometidos de

¹³⁵ **EGUREN, Manrique.** “Excepciones legales al régimen de Licitación Pública”, publicado en “La contratación administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas”, FCU, Montevideo, Año 1976, Pág. 139.

interés público, y les impone el deber de cumplirlos. Todo eso hace que estas personas, a pesar de que en aspectos tan importantes se rigen por Derecho privado, siguen siendo sustancialmente personas de Derecho público.” ¹³⁶

Estas personas públicas no estatales pueden ser contratadas incluso en forma directa por los Organismos Estatales, al configurarse respecto de las mismas, la causal de excepción analizada.

- **Personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales.**

Este tercer caso era contemplado por la normativa que rigió hasta julio del año 2020. No obstante, la Ley No. 19.889 confirió nueva redacción al Numeral 1) del Artículo 33 Literal D) del TOCAF y con ello, eliminó dicha previsión normativa.

En efecto, se eliminó la referencia a la contratación con “*personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales*”, por lo que de acuerdo a la normativa vigente en estos casos se debe seguir el procedimiento pertinente de acuerdo a la regla general que implica efectuar un procedimiento competitivo.

Durante la vigencia de la normativa anterior, las sociedades anónimas del Estado podían ser contratadas por el Estado por causal de excepción, siempre que su capital fuera 100% del Estado o de una persona pública no estatal al momento de la contratación.

Cuando regía dicha norma, el Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ** sostuvo que su constitucionalidad era dudosa, indicando no obstante, que resulta

¹³⁶ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Sobre las personas públicas no estatales”, publicado en “Sobre Derecho Administrativo” Tomo I, FCU, 2ª Edición, Agosto de 2008, Pág. 698.

imposible negar la existencia de esas sociedades que se encuentran en un momento de floración.¹³⁷

Es menester destacar que muchas de las normas que confieren a Entes Autónomos y Servicios Descentralizados la posibilidad de participar en sociedades privadas, en cometidos propios de su giro, invocan expresamente el Artículo 188 de la Constitución de la República en sus Incisos 3º y 4º.¹³⁸

El Inciso 3º del Artículo 188 de la Constitución uruguaya dispone:

“el Estado podrá, asimismo, participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, cuando concurra para ello el libre consentimiento de la empresa y bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes”, mientras que el Inciso 4º, por su parte, establece que: *“La Ley, por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, autorizará en cada caso esa participación, asegurando la intervención del Estado en la dirección de la empresa. Sus representantes se regirán por las mismas normas que los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.”*

En otros casos, las normas que habilitan la creación de personas privadas estatales, o sociedades anónimas del Estado, no hacen referencia a norma constitucional alguna.

ii) Prohibición de participación en forma directa o indirecta de empresas privadas.

Como se ha indicado ut supra, el Artículo 33 del T.O.C.A.F. en su antepenúltimo inciso¹³⁹, establece la prohibición de participación en forma directa o indirecta de empresas privadas en las contrataciones realizadas al amparo del

137 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la Licitación Pública”, publicado en Anuario de Derecho Administrativo Tomo XIV, FCU, Pág. 38.

138 Por ejemplo: Artículo 206 Ley Nº 17.930 (referente a AFE), Artículo 20 Ley Nº 17.243 (en relación a ANP), Artículo único de la Ley Nº 17.443 (referida a ANTEL), entre otras.

139 Inciso incorporado por el Artículo 738 de la Ley Nº 16.736.

Numeral 1) de dicha norma.

Tal como ha señalado la doctrina, en virtud de dicha disposición, *“no puede invocarse la causal de excepción bajo examen, cuando la entidad estatal o paraestatal actúa asociada en forma accidental o permanente con empresas privadas, o a través de cualquier figura asociativa que implique la participación directa o indirecta de éstas.”*¹⁴⁰

Así, por ejemplo, en casos de tercerización por parte de la persona pública, resulta improcedente amparar la contratación en la presente causal, en virtud de la prohibición analizada.

La consecuencia de disponer una contratación en contravención a la prohibición referida, o sea, existiendo participación de una empresa privada, será la nulidad del contrato, en aplicación de lo establecido por el Artículo 8 del Código Civil Uruguayo.

Resulta trascendente el estudio de determinados casos que han ocurrido en nuestro medio y en los que se ha discutido la posible trasgresión a la prohibición mencionada.

Uno de estos casos fue dilucidado en vía jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El mismo refirió a la solicitud de anulación de la Resolución N° 6 dictada el 22/6/04 por el Consejo Directivo Central de la Universidad de la República (UDELAR), por la cual se concedió a ANCAP el uso de un predio ubicado en la intersección de las rutas 8 y 12 por un plazo de 30 años, con la finalidad de instalar en el mismo una estación de servicio de venta de combustibles, lubricantes y servicios anexos usuales.

La empresa ESSO Standard Oil Co. (Uruguay) S.A. agotó la vía administrativa, impetrando posteriormente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo la anulación del acto administrativo dictado, aduciendo que se atentó contra lo dispuesto por el entonces Artículo 33 Numeral 3 Literal A) del T.O.C.A.F.

¹⁴⁰ DELPIAZZO, Carlos E. “Contratación Administrativa”, Ed. UM, Montevideo, Año 1999, Pág. 124 – 125.

(actual Artículo 33 Literal D) Numeral 1°), en tanto prohíbe la participación directa o indirecta de empresas privadas, siendo que en el caso se estaría violando por cuanto quien usufructuaría el predio objeto de la concesión es DUCSA y no ANCAP.

Lo trascendente del caso, con total independencia de la confirmación del acto administrativo por parte del TCA (aun cuando ello se dispuso por otros fundamentos), es la participación de una persona jurídica privada, lo que conlleva una serie de problemas, incluyendo la legitimación de los particulares para solicitar la anulación de los actos administrativos que disponen contrataciones al amparo de la causal de excepción a estudio.

iii) Vinculación de la disposición analizada con la libre competencia.

La disposición analizada –aún durante la vigencia de la misma con una redacción anterior- llevó al Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ** a señalar que:

“la contratación administrativa con otra entidad pública parece una anomalía. En efecto, la entidad pública al intervenir en el mercado como productor de bienes y servicios, lo hace en un ámbito que pertenece a la actividad privada, y si se procede a la contratación directa se desplaza al particular sin que este tenga siquiera la oportunidad de intervenir.” ¹⁴¹

De esta forma, las Administraciones Públicas Estatales pueden proceder a la selección en forma directa, o bien por el procedimiento que el Ordenador determine cuando pretenden contratar a otra Administración Pública Estatal, o bien a una Persona Pública No Estatal. Ello implica la posibilidad de restringir o directamente coartar la competencia en estos casos, lo que resulta llamativo en tanto es el propio Estado quien debe procurar fomentar la puja entre oferentes, los que pueden ser públicos o privados, estatales o no.

Resulta así un gran contrasentido que siendo el propio Estado el que debe

¹⁴¹ **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, publicado en “Estudios de Derecho Público” Vol. II, Montevideo, Año 2008, Pág. 194.

promover y proteger la libre competencia, pueda escapar a los procedimientos competitivos cuando la contratación se efectúa entre Administraciones Públicas Estatales, o con personas públicas no estatales.

En el caso de las personas privadas estatales el problema era aún mayor y la crítica a la norma fue tal que se modificó la disposición normativa en el año 2020, eliminando la posibilidad de contratar por causal de excepción a dichas sociedades anónimas en principio.

La gran crítica que se hacía en ese momento era la siguiente: se permitía prescindir de la competencia cuando el co-contratante era una persona privada estatal (100 % de capital estatal o de personas públicas no estatales), es decir, que ese Estado que adquiere una “vestimenta” de Derecho privado en esos casos, podía eludir abrir el juego a la competencia en el mercado cuando a quien va a contratar es a esas personas privadas que él mismo creó y las hizo escapar del Derecho Público, con todo lo que ello implica, incluso en materia de ausencia o insuficiencia de los controles a su respecto.

Si analizamos la casuística en materia de contrataciones, surge que durante la vigencia de norma anterior, en gran cantidad de ocasiones se contrató en forma directa a esas sociedades anónimas “hijas” del Estado, pero también se ha contratado a las sociedades “nietas”, esto es, a personas jurídicas cuyo titular en su mayoría es otra sociedad anónima cuyo titular es el Estado o una persona pública no estatal, todo lo cual agudizaba el problema.

Lo expuesto constituía un despropósito, carente de toda razonabilidad, por cuanto la norma de excepción claramente resultaba incompatible con las normas imperantes en materia de promoción y defensa de la competencia, por lo cual se celebra la modificación efectuada.

Sin perjuicio de ello, se incorporó al Artículo 33 Literal D) del TOCAF una nueva causal de excepción en el Numeral 35, siendo que dicha norma dispone:

“Numeral 35): La constitución de fideicomisos y contratación de servicios con fiduciarias profesionales de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad con participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas, propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. La propiedad del Estado o de persona pública no estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato.”

De esta manera, las sociedades anónimas del Estado y de las personas públicas no estatales pueden ser contratadas por supuestos de excepción cuando éstos sean sus titulares en un 100%, únicamente en el ámbito de la constitución de fideicomisos y cuando se las contrate como fiduciarias profesionales de derecho privado.

Como se ha señalado, las sociedades privadas del Estado son variadas y tienen la peculiaridad de que, dada la participación estatal o paraestatal en la conformación de su capital y en su funcionamiento, pasan a tener un fin público y en ciertas ocasiones, se trata de sociedades con el 100 % de acciones del Estado, por lo que en ellas encontramos al Estado actuando a través de formas privadas.

142

Es por ello que entiendo que ninguna causal de excepción debería establecerse a su respecto, ya que constituye un verdadero contrasentido que el Estado prescindiera de la competencia para contratar a sujetos de derecho privado que el propio Estado creó.

De esta forma, el Estado sale de la esfera del Derecho Público con estos entes instrumentales, pero utiliza mecanismos de Derecho Público para prescindir de la competencia en el mercado y contratarlas por excepción, incluso en forma directa, por lo que en conclusión entiendo que debe revisarse la disposición citada.

¹⁴² PINTO NERÓN, Ximena y ZAK GODOY, Pablo. “Sociedades privadas estatales y su control por el Tribunal de Cuentas”, publicado en el Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XVI, FCU, Año 2010.

2.2) Contratación en casos de exclusividad o privilegio.

El Artículo 33 Literal D) Numeral 3 del TOCAF permite acudir a la Contratación Directa o al procedimiento que el Ordenador determine, para la

“adquisición de bienes o la contratación de servicios cuya fabricación o suministro sea exclusiva de quienes tengan privilegio para ello, o que solo sean poseídos por personas o entidades que tengan exclusividad para su venta, siempre que no fuera posible su sustitución por elementos similares. Las marcas de fábrica de los distintos productos y servicios no constituyen por sí mismas causal de exclusividad, salvo que por razones técnicas se demuestre que no hay sustitutos convenientes. En cada caso deberán acreditarse en forma fehaciente los extremos que habilitan la causal, acompañando el informe con la fundamentación respectiva.”

Tal como ha señalado la doctrina, la causal de excepción referida alude a las hipótesis de privilegio o exclusividad en el suministro de determinados productos, o en la prestación de determinados servicios.

En efecto, se ha señalado que:

“esas son las dos llaves maestras de entrada a la aplicación de esta disposición: el privilegio o la exclusividad. La norma requiere además que no puedan ser sustituidos por similares, y específica, a texto expreso, que no basta la titularidad de la marca de fábrica.” ¹⁴³

Resulta trascendente indicar que la motivación es crucial para legitimar el proceder de la Administración Pública actuante. En efecto, deben expresarse los argumentos de hecho y de derecho que respaldan la configuración de una situación de exclusividad o privilegio, debiendo incluir en las actuaciones un informe técnico.

¹⁴³ DELPIAZZO, Carlos E. “Contratación Administrativa” 1ª Edición, Setiembre de 1999, Ed. UM, Pág. 128.

2.3) Contratación para bienes o servicios que integren la oferta comercial de una entidad pública que actúa en régimen de libre competencia.

La causal incluida en el actual Numeral 4° que permite la contratación de excepción para la adquisición de bienes o servicios que integren la oferta comercial de un Organismo Público que actúa en régimen de libre competencia sustituye el anterior Numeral 22 del Artículo 33 Literal D) del TOCAF. La norma precedente disponía como causal de excepción:

“la contratación de bienes o servicios, cualquiera sea su modalidad, por parte de los entes autónomos y servicios descentralizados integrantes del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, destinada a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en regímenes de libre competencia. Las impugnaciones o recursos que en tales casos se interpusieran, en cualquier etapa del procedimiento, no tendrán efecto suspensivo, salvo que así lo resuelva el jerarca de la empresa contratante”.

Dicha previsión con el tenor referido, fue dispuesta por el Artículo 108 de la Ley N° 18.172, norma que derogó el Artículo 186 de la Ley N° 17.930 que establecía similar hipótesis, pero únicamente en relación a contrataciones a ser efectuadas por la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL).

Esa norma -con carácter más amplio que su antecesora- se aplicaba en el ámbito de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial, industrial y financiero del Estado, no destinándose a todo contrato que celebren, sino únicamente a contrataciones de determinadas prestaciones (bienes y servicios) destinados a servicios que se encontraran en régimen de libre competencia.

El Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ** ha señalado al respecto que en su opinión, todos los servicios que prestaran esos entes que no configurasen cometidos esenciales del Estado, eran prestados en régimen de concurrencia, por lo que la norma:

“habilitaría a esos organismos a prescindir de la licitación pública y a acudir a la contratación directa en toda contratación de bienes o servicios destinada a la

prestación de los servicios que no constituyan cometidos esenciales”. ¹⁴⁴

Realizado un relevamiento de los casos en los que se contrató amparándose en ese Numeral 22 de excepción surge que en muchas oportunidades se adoptó un criterio por el que, con carácter amplio, se obtuvieron bienes o servicios que no se encontraban directamente relacionados con el servicio a ser prestado por la entidad pública en el ámbito de la libre competencia.

Ejemplo de ello lo constituyó, por ejemplo, la adquisición que efectuó un Ente Autónomo, de un inmueble para el Departamento de Capacitación para sus funcionarios. En el caso citado se entiende que, si bien resulta trascendente la capacitación de los funcionarios, ello no se encontraba directamente destinado a la prestación de los servicios financieros que forman parte de los cometidos de la Administración Pública de que se trata, por lo que no se configuraba la causal de excepción invocada, vigente en dicho momento.

Llevado a un extremo este tipo de razonamientos, se podía arriba a que cualquier prestación para el Organismo (como podría ser la adquisición de hojas A4 para el Organismo por ejemplo), podría ser incluida en la causal de excepción y así se podría eludir la regla general de procedimiento competitivo, lo cual no se comparte por cuanto debe efectuarse una interpretación estricta en el caso.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en el caso referido precedentemente, bajo la vigencia de la norma anterior, el Tribunal de Cuentas por Resolución adoptada en Sesión del 23 de mayo de 2012 no esgrimió consideración alguna en relación a dicho extremo, observando el gasto por otros extremos ajenos a la configuración de la causal, de lo que surge la amplitud con la que se ha interpretado la norma analizada en ciertas oportunidades.

La nueva disposición – que se encuentra actualmente vigente – se encuentra establecida en el Artículo 33 Literal D) Numeral 4 del TOCAF y habilita la contratación directa o por el procedimiento que el Ordenador determine “*Cuando el*

144 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Novedades en materia de contratación administrativa en la Ley N° 18.172 de 31 de Agosto de 2007”, publicado en La Justicia Uruguaya Tomo 137, Pág. D 37.

bien o servicio íntegro de manera directa o indirecta la oferta comercial de una entidad pública, que actúe en régimen de competencia.”

De esta forma, se contempla que los Organismos Públicos que actúan como agentes en el mercado en régimen de libre competencia, puedan exceptuarse de la regla general en materia procedimental y proceder por causal de excepción cuando el bien o servicio que requieran adquirir sea destinado en forma directa o indirecta a su oferta comercial.

El destino directo de la prestación refiere a que el objeto de la contratación, eso es lo que se compra, sea destinado a esa actividad que el Estado presta en régimen de libre competencia.

Un ejemplo típico es la compra de celulares por parte del Servicio Descentralizado denominado Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL), quien opera como agente en el mercado desempeñando en régimen de libre competencia la prestación del servicio de telefonía celular.

La compra de teléfonos celulares por parte de ANTEL para incluir dicho producto en su oferta comercial, y así vender los celulares y prestar el servicio de telefonía celular, constituye un caso claro de destino directo para la prestación.

No obstante, la referencia que efectúa la norma a que el objeto de la contratación puede integrar en forma “indirecta” la oferta comercial de la entidad pública, puede llevar a dudas interpretativas respecto de qué servicio o bien debemos considerar comprendido en su oferta comercial, debiendo tener presente que se trata de una causal de excepción a la regla general, y como tal, debe ser de interpretación estricta.

Ejemplo de dicha problemática lo encontramos en el caso donde el Ente Autónomo denominado Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU), efectuó una contratación directa por la causal de excepción objeto de estudio con la empresa DENA S.A. (Agencia PUBLICIS ÍMPETU), para la provisión del servicio de atención íntegra publicitaria al Banco.

En dicho caso, el Tribunal de Cuentas, por Resolución No. 2437/2020 de fecha 2 de diciembre de 2020 acordó no efectuar objeciones de legalidad al gasto

dispuesto, al entender que dicha contratación encuadra en la causal de excepción. Al respecto, el TCR manifestó:

“...tanto la Gerencia de Marketing, como la Gerencia Infraestructura - Asesoría Técnica y Contrataciones del Organismo, señalan que los servicios que provee la agencia PUBLICIS ÍMPETU serán utilizados para potenciar la difusión de productos y servicios financieros que el Banco presta en régimen de libre competencia, y ello se enmarca en definitiva dentro de la causal de excepción aludida, ya que se trata de prestaciones que brinda la Agencia de Publicidad para mejorar la información y difusión de los productos que integran la oferta comercial del Banco, la que se encuentra en régimen de libre competencia con otras entidades del mercado;”

Dicha Resolución fue adoptada por una mayoría de 5 votos sobre un total de 7 Ministros que integran el Tribunal de Cuentas. No obstante, los 2 Ministros restantes manifestaron su discordia, en los siguientes términos:

“...vulnera el Artículo 33 Literal D) Numeral 4 del TOCAF... dicha norma... expresa claramente que el servicio “integre directa o indirectamente la oferta comercial de una entidad pública, que actúe en régimen de competencia”. En este caso no queda ninguna duda que el servicio de publicidad no integra la oferta comercial del Banco República. Es mas tan es así que ... para el servicio de Publicidad se encuentra en curso un llamado a Licitación Pública, de ser así hay un procedimiento de compra distinto para el mismo servicio.”

La controversia suscitada pone de manifiesto la problemática que genera el giro terminológico *“integre de manera directa o indirecta la oferta comercial...”* Esto mismo sucedía en la norma anterior, donde se planteaban interrogantes respecto del alcance de la norma.

2.4) Contratación en casos de urgencia e imposibilidad de licitar.

El Artículo 33 Literal D) Numeral 10 del TOCAF prevé la causal de excepción *“cuando medien probadas razones de urgencia no previsibles o no sea posible la licitación, concurso de precios o remate público, o su realización resienta seriamente el servicio, extremos cuya invocación deberá fundamentarse en forma detallada,*

constituyendo un aspecto sustancial en la motivación del acto que dispone el procedimiento de excepción.”

En primer lugar, debemos resaltar que esta disposición prevé tres situaciones distintas, a saber:

- i. Existencia de probadas razones de urgencia no previsibles
- ii. Imposibilidad de licitación, concurso de precios o remate público.
- iii. Resentimiento de servicio.

Tal como ha señalado la doctrina, *“no se trata de tres hipótesis acumulativas, sino que cualesquiera de ellas separadamente habilita y fundamenta suficientemente para poder contratar directamente”* ¹⁴⁵

En virtud de lo anteriormente expuesto, es menester proceder al estudio de cada una de ellas, a saber:

- i. Probadas razones de urgencia no previsibles o urgencia propia.

Para que se configure la causal es menester que exista urgencia, pero no alcanza sólo con ello. Así, la doctrina ha señalado que para que la causal de referencia sea legítimamente invocada se requiere que la urgencia sea *“concreta, inmediata, probada, objetiva e imprevista”* ¹⁴⁶

¹⁴⁵ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo – Uruguay, Año 1999, Pág. 132.

¹⁴⁶ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo – Uruguay, Año 1999, Pág. 132. **Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Contratación Directa por razones de urgencia”, publicado en “Casos de Derecho Administrativo” Vol. IV. Montevideo – Uruguay, Año 2005, Pág. 155.

Analizaremos los caracteres mencionados, en forma separada:

- **Concreta:** La urgencia debe producirse y ser específica, puntual, precisa. Tal como lo señala el Profesor **Carlos DELPIAZZO**, este carácter implica que:

“No puede ser abstracta o genérica, sino que el apremio debe ser particular, especial, real, para el caso determinado”¹⁴⁷

- **Inmediata:** Este elemento implica que la urgencia debe ser presente e impostergable, razón por la cual deben descartarse las denominadas urgencias de futuro o que pueden producirse más adelante en el tiempo.

- **Probada:** La urgencia debe fundarse en forma fehaciente, demostrando la falta de previsión en tiempo y forma.

Debe acreditarse y fundarse debidamente, constando con el respaldo de una actuación administrativa célere, eficaz y conforme a los parámetros que impone el cumplimiento del principio de buena administración.

Este carácter se relaciona con lo dispuesto en el Artículo 157 del TOCAF, en tanto preceptúa:

“Artículo 157 TOCAF: Cuando se invoquen razones de urgencia o imprevistos de carácter excepcional deberán fundarse adecuadamente, y en el primer caso informar sobre la imposibilidad de la previsión en tiempo.”

- **Objetiva:** Debe fundarse en una necesidad de la Administración en sí, con prescindencia del criterio adoptado en forma subjetiva por los funcionarios

¹⁴⁷ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo – Uruguay, Año 1999, Pág. 132.

que la integran. En efecto, no puede tratarse de presuntas urgencias o apuros de algún jerarca u otro servidor público, sino que se debe producir una situación de urgencia que requiere la satisfacción de una necesidad pública con premura.

- **Imprevisible:** Tal como ha señalado la Dra. **María Esther MUÑOZ DE HAM,**

*“no basta que exista urgencia, sino que esta debe ser imprevisible; hay imprevisibilidad cuando el ordenador, actuando con la diligencia de un buen padre de familia, no pudo prever la necesidad de efectuar una contratación.”*¹⁴⁸

De lo señalado por la doctrina que antecede surge que si la situación fue prevista o pudo haberlo sido conforme un obrar medio en términos de razonabilidad, no se configurará la causal de referencia.

- ii. Imposibilidad de realizar un llamado a procedimiento competitivo.

Esta causal implica la existencia de circunstancias de que determinan la imposibilidad de realizar el llamado.

La imposibilidad se puede dar por diversas razones, tales como ser de corte jurídico, fácticas o por situaciones de la propia naturaleza de la compra.

- iii. Resentimiento del servicio en caso de proceder por licitación, o urgencia impropia.

Esta hipótesis se configuraría cuando el servicio de que se trate se viera resentido, ocasionando un perjuicio grave a la Administración en razón del tiempo que insume el procedimiento licitatorio.

¹⁴⁸ **MUÑOZ DE HAM, María Esther.** “Normas de Ordenamiento Financiero”, Ed. FCU, 1ª reimpresión, Montevideo – Uruguay, Julio de 1990, Pág. 21.

A mi juicio, en este caso se trata de la existencia de circunstancias fácticas, de hecho, que hacen que la realización de un procedimiento competitivo resintiese el servicio de que se trate.

A diferencia de la situación anterior donde dicho procedimiento no era posible, en este caso debemos partir de la base de que es factible su realización, pero la misma ocasionaría un perjuicio grave, tal como se señalara precedentemente.

La doctrina ha señalado respecto de esta hipótesis, que:

*“se trata de un caso de inconveniencia para la Administración de realizar un procedimiento competitivo, no porque ello fuera imposible, sino porque a causa de él pueden derivar perjuicios innecesarios.”*¹⁴⁹

Cabe señalar que la normativa exige que las contrataciones al amparo de estas causales de excepción previstas en el Artículo 33 Literal D) Numeral 10 del TOCAF deberán contar con la previa certificación de que los precios son del mercado del Ministerio de Economía y Finanzas, tanto en lo que refiere a la configuración de los extremos que habilitan la causal, como a los precios y condiciones que corresponden al mercado local o de origen, según el caso.

En el caso en que la contratación la realice el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral, el Poder Legislativo, la Administración Nacional de Educación Pública, la Universidad Tecnológica, la Universidad de la República y los Gobiernos Departamentales, dicha certificación la realizará el Tribunal de Cuentas¹⁵⁰, además de controlar los restantes aspectos de

¹⁴⁹ **MUÑOZ DE HAM, María Esther.** “Normas de Ordenamiento Financiero”, Ed. FCU, 1ª reimpresión, Montevideo – Uruguay, Julio de 1990, Pág. 24.

¹⁵⁰ El **TRIBUNAL DE CUENTAS**, por Resolución de fecha 14 de agosto de 1996 (ampliada por Resolución de fecha 14 de marzo de 2001), dispuso que a efectos de certificar que los precios son de mercado en este tipo de contrataciones: *“... se podrá tener en cuenta, entre otros elementos, los precios y condiciones que rigieron en un procedimiento competitivo anterior; los precios eventualmente cotizados por distintas firmas en el procedimiento de que se trata; los precios y condiciones que rigieron en procedimientos similares del mismo o de otro Organismo, debidamente fundamentado;”*.

legalidad, tal como le compete de acuerdo a lo establecido por el Artículo 211 Literal b) de la Constitución de la República.

Cabe señalar que la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE, en ese entonces Agencia de Compras y Contrataciones Estatales: ACCE), por Resolución de su Consejo Directivo Honorario No. 122/018 del 5 de diciembre de 2018, estableció un protocolo para que las Administraciones Públicas que utilizan la causal de excepción referida puedan aplicar la normativa aplicable adecuadamente.

3) Otros procedimientos.

Existen otros procedimientos específicos, como por ejemplo los que se indican a continuación:

- **Pregón.**

El Artículo 34 del T.O.C.A.F.¹⁵¹ preceptúa:

“Se podrá aplicar el procedimiento de pregón o puja a la baja cuando de la contratación a realizar se deriven gastos de funcionamiento o de inversión para la Administración y la misma tenga un objeto preciso, el cual posea una norma de diseño o especificación técnica detallada, que permita establecer con certeza que se ofrecen elementos idénticos y de precio comparable, así como los extremos que deberán acreditar y cumplir los eventuales oferentes, entre otros, los referidos a plazos, volúmenes mínimos y costos de entrega.

La adjudicación se realizará al postor que ofrezca un precio comparativo menor, excepto que se haya previsto la adjudicación parcial a dos o más oferentes.

El pregón o puja a la baja podrá realizarse en forma convencional o electrónica.

¹⁵¹ **Fuente:** Artículo 19 de la Ley Nº 18.834, en la redacción conferida por el Artículo 316 de la Ley No. 19.889.

El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Agencia Reguladora de Compras Estatales, reglamentará este procedimiento previo dictamen del Tribunal de Cuentas”

El Pregón implica la realización de un procedimiento competitivo en el que los oferentes pujan, ofreciendo precios menores en forma sucesiva, lo que será posible de realizar en casos de objetos precisos, de los llamados “estandarizados”. Ello implica que el objeto de un procedimiento de pregón deberá tener características comunes, haciendo que el precio sea el factor a ser considerado por la Administración para adjudicar, aspecto respecto del cual se efectuará una puja procurando la mejor cotización.

Es menester indicar que si bien la norma de rango legal prevé la existencia de pregón electrónico y presencial, únicamente se ha reglamentado la modalidad electrónica del mismo por Decreto N° 196/015 de 20/7/15.

▪ **Remate.**

El procedimiento de remate o subasta se encuentra previsto en el Artículo 35 del T.O.C.A.F.¹⁵², donde se determina que dicho procedimiento es pasible de ser empleado cuando de la contratación se deriven entradas o recursos para la Administración, siempre que la misma tenga un objeto preciso, concreto y fácilmente determinable. La norma establece que la adjudicación se realizará al mejor postor.

Es menester destacar que existen diversos modelos de subasta a nivel mundial. En Uruguay, existe una vasta normativa a considerar en materia de remates, tales como ser el Decreto Ley N° 15.508 y la Ley N° 14.040, así como sus respectivos Decretos reglamentarios y otras normas al respecto.

¹⁵² Fuente: Artículo 20 de la Ley N° 18.834.

▪ **Convenios Marco.**

El Artículo 36 del T.O.C.A.F.¹⁵³ dispone:

“El Poder Ejecutivo podrá crear con el asesoramiento de la Agencia Reguladora de Compras Estatales, previo dictamen del Tribunal de Cuentas, un régimen de convenios marco, para bienes, obras y servicios de uso común en las Administraciones Públicas Estatales, en tanto se verifiquen los siguientes extremos:

A) El objeto del contrato sea uniforme y claramente definido.

B) Se realice un llamado público a proveedores.

C) Haya acuerdo con proveedores respecto de las condiciones y especificaciones de cada objeto de compra por un período de tiempo definido.

D) Se publiquen electrónicamente los bienes y servicios comprendidos en los convenios marco en la tienda virtual publicada en el sitio web de la Agencia Reguladora de Compras Estatales.

E) Los organismos públicos tengan la posibilidad de comprar en forma directa los bienes y servicios comprendidos en la tienda virtual, siendo requisito para ello, que el objeto de la compra se encuentre incluido en el plan anual de contratación¹³ del organismo adquirente.

F) De corresponder, los precios o costos estén escalonados según el volumen de compras que se realicen en el período.

G) Los bienes y servicios que se incluyan en este régimen deberán ser objeto de estudios de mercado previo a su inclusión.”

De esta forma, los Convenios Marco implican la realización de un procedimiento competitivo de contratación para un objeto determinado, uniforme y claramente determinado. Dicho procedimiento culmina con la adjudicación a uno o

¹⁵³ **Fuente:** Artículo 22 de la Ley No 18.834, en la redacción dada por el Artículo 27 de la Ley No 19.355 y Artículo 317 de la Ley No 19.889.

varios oferentes que resulten seleccionados conforme las bases que rigen el llamado específico.¹⁵⁴

Posteriormente, se publica en el portal web de compras y contrataciones del Estado¹⁵⁵ el catálogo de productos, estableciéndose el listado de proveedores, precios y otras condiciones de compra que se mantendrán durante un período de tiempo predefinido, siendo esas las condiciones que resultaron del procedimiento competitivo efectuado.

El Artículo 151 del T.O.C.A.F. establece que será cometido de la ARCE (Agencia Reguladora de Compras Estatales), entre otros, el de desarrollar y aplicar el catálogo común de bienes y servicios adecuados para el intercambio de información entre los Organismos Públicos.

Actualmente el régimen de Convenios Marco se encuentra reglamentado por Decreto N° 367/018 de 5 de noviembre de 2018.

- **Procedimientos especiales.**

En la actualidad, el Artículo 37 del T.O.C.A.F.¹⁵⁶ preceptúa:

“El Poder Ejecutivo, las entidades estatales comprendidas en los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República y los Gobiernos Departamentales, con el asesoramiento de la Agencia Reguladora de Compras Estatales, podrán promover, sustituir o discontinuar regímenes y procedimientos de contratación especiales, basados en los principios generales de la contratación administrativa, cuando las características del mercado o de los bienes o servicios lo hagan conveniente para

¹⁵⁴ PINTO NERÓN, XIMENA. “Régimen de Convenios Marco en Uruguay”, publicado en “Estudios sobre la administración uruguaya” Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UdelaR. Felipe Rotondo (Coordinador), Editorial FCU, 1ª Edición, Montevideo, Noviembre de 2016, Págs. 133 – 144.

¹⁵⁵ Link: <https://www.gub.uy/agencia-compras-contrataciones-estado/>

¹⁵⁶ Fuente: Artículo 483 de la Ley No 15.903, en la redacción conferida por el Artículo 332 de la Ley N° 18.996 y Artículo 319 de la Ley No. 19.889.

la Administración.

Las autorizaciones respectivas serán comunicadas a la Asamblea General o a las Juntas Departamentales en su caso.

En todos los casos será necesario contar previamente con el dictamen favorable del Tribunal de Cuentas.

Las restantes administraciones públicas estatales podrán aplicar los regímenes y procedimientos autorizados precedentemente.”

Al amparo de la disposición citada encontramos una gran variedad de procedimientos especiales de contratación que pretenden contemplar las particularidades en la adquisición de ciertos bienes, servicios y obras.¹⁵⁷

VII.3.2) ESPAÑA.

En aplicación del derecho comunitario debemos indicar que en España existen dos tipos de contratos, a saber:

CONTRATO	CARACTERÍSTICAS	TIPO DE CONTRATO	VALOR
SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA (SARA)	Regulados por el Derecho Comunitario. Están sujetos a reglas especiales sobre	Contratos de: - obras - concesión de obras	Valor estimado igual o superior a 5.382.000 Euros

¹⁵⁷ La Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), ha elaborado un listado de los procedimientos especiales autorizados al amparo de la norma referida. El mismo, puede ser consultado en forma libre en:

<https://www.gub.uy/agencia-reguladora-compras-estatales/politicas-y-gestion/procedimientos-especiales>

	publicidad y determinación del procedimiento.	-concesión de servicios Contratos de: - suministros - servicios	Valor estimado igual o superior a 140.000 Euros
NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA	No se encuentran regulados por el Derecho Comunitario. Sin perjuicio de ello, deben cumplir con los principios de libre circulación, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia.		Contratos que no superen los umbrales o topes previstos para los SARA.

Por otra parte, resulta necesario diferenciar entre contratos administrativos y contratos privados, en el siguiente sentido:

CONTRATOS	CARACTERÍSTICAS	RÉGIMEN JURÍDICO
ADMINISTRATIVOS	<ul style="list-style-type: none"> - Contratos de obra - Contratos de concesión de obra - Contratos de concesión de servicios - Contrato de suministros y servicios <p style="text-align: center;">Todos ellos son contratos administrativos siempre que quien los celebre sea una Administración Pública.</p>	Se rigen por la LCSP
PRIVADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Contratos celebrados por las Administraciones Públicas diversos a los referidos precedentemente. - Contratos celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas y los que realicen entidades del sector público que no sean poder adjudicador. 	<ul style="list-style-type: none"> - En su preparación y adjudicación: en defecto de normas específicas se rigen por la LCSP. - En cuanto a su modificación, extinción y efectos: se rigen por el Derecho Privado.

En España se establecen diversos tipos de procedimientos, a saber:

- Procedimiento abierto
- Procedimiento restringido
- Procedimiento con negociación
- Diálogo competitivo
- Procedimiento de asociación para la innovación
- Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos

Debemos comenzar indicando que el Artículo 131.2 de la LCSP establece que la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

Es decir que los procedimientos de utilización ordinaria o corriente son el abierto y el restringido. Dicho extremo resulta relevante pues al tratarse de procedimientos ordinarios no requieren justificación previa.

Por otra parte, resultarán de utilización excepcional los procedimientos de diálogo competitivo o licitación con negociación (Artículo 167), negociado sin publicidad (Artículo 168 LCSP) y de asociación para la innovación (Artículo 177 LCSP). También es de excepción la figura de los contratos menores, por los que se dispone la contratación en forma directa (Artículo 131.3 LCSP).

Por otra parte, debemos indicar que existen en España los denominados **Sistemas Dinámicos de Adquisición (SDA)**, como modalidad de racionalización de la contratación pública.

A continuación, analizaremos sucintamente los procedimientos de contratación pública existentes:

❖ **Procedimiento abierto**: El Artículo 27.1 de la Directiva 2014/24/UE establece que:

“En los procedimientos abiertos, cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación.”

Es decir que la norma parte de la base del procedimiento abierto como aquel abierto a la máxima concurrencia y competencia, de estructura coincidente con los postulados de los principios que rigen en la materia.

Al respecto, la doctrina ha indicado que:

*“el procedimiento abierto es, y seguirá siendo, el procedimiento ordinario por excelencia de adjudicación de los contratos públicos, al ser el que mejor permite garantizar el cumplimiento de los principios básicos de la contratación pública, como son los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación. Como establece la jurisprudencia del TJUE y reiteran las nuevas Directivas de contratación pública de 2014, ello implica la existencia de unas reglas conocidas y accesibles, aplicables a todos los potenciales licitadores de igual manera, así como la obligación de transparencia y trazabilidad de todo el procedimiento.”*¹⁵⁸

El procedimiento abierto admite diversas modalidades, a saber:

- **Abierto General**: Es el que tiene una estructura más completa y compleja, siendo que muchos de sus trámites son comunes con otros procedimientos de contratación. Las fases del procedimiento abierto han sido indicadas por la doctrina de la siguiente forma:

¹⁵⁸ **HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco**. “Procedimiento abierto y procedimiento abierto simplificado”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Págs. 1554 – 1555.

- Anuncio de información previa, en su caso, y anuncio de licitación.
- Presentación de proposiciones. Para ello, se prevé que el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 35 días para los contratos de obras, suministros y servicios, y a 30 días para las concesiones de obras y servicios, contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (Artículo 156.2 LCSP). En los contratos de Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, el plazo no será inferior a 15 días, salvo en los contratos de obras y de concesión de obras y de servicios, donde el plazo será como mínimo de 26 días. Se prevé la ampliación de plazos y la posibilidad de reducción de plazos en ciertas circunstancias.
- Presentación de propuestas. Se deben presentar sobres o archivos electrónicos distintos, en el siguiente sentido:
 - ✓ Cuando exista un único criterio de evaluación o varios pero evaluables por fórmulas se presentarán dos sobres. Un sobre contendrá la documentación general (administrativa), y el otro la oferta económica y técnica.
 - ✓ Cuando exista pluralidad de criterios de evaluación que empleen métodos diferentes de selección, se deben presentar tres sobres o archivos electrónicos, a saber: uno con la documentación general (administrativa), un segundo sobre conteniendo la documentación que permita la aplicación de criterios con juicio de valor, y un tercer sobre con la documentación a ser evaluada mediante parámetros cuantificables en forma automática, mediante la aplicación de fórmulas.

- Apertura de los sobres o archivos que contienen documentación acreditante del cumplimiento de requisitos previos; subsanación de defectos formales u omisiones si los hubiera; calificación de la documentación y determinación de las empresas admitidas.
 - Clasificación por orden decreciente de ofertas admitidas y elevación de sugerencia de adjudicación al órgano de contratación.
 - Requerimiento al proponente clasificado en primer lugar para que presente la documentación exigida para la adjudicación del contrato.
 - Notificación a los licitadores.
 - Adjudicación y formalización del contrato.
 - Anuncio de formalización.¹⁵⁹
- **Abierto Simplificado:** Aplica a contratos de obra, suministro y servicios cuyo monto estimado sea inferior a ciertos umbrales, siendo que opera siempre que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el 25% del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el 45% del total.

En estos casos, el plazo para la presentación de ofertas o proposiciones no puede ser inferior a 15 días desde el siguiente a la publicación en el perfil del contratante, mientras que en el caso de

¹⁵⁹ **Cfrme: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco.** "Procedimiento abierto y procedimiento abierto simplificado", publicado en *"Tratado de Contratos del Sector Público"*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Págs. 1558 – 1559.

obras dicho plazo de antelación mínima es de 20 días (Artículo 159 Numerales 1 a 5 LCSP).

- **Abierto Super Simplificado**, también denominado Abierto express o Simplificado Abreviado: Aplica a contratos de obras cuyo monto estimado sea inferior a 80.000 Euros en caso de suministros, o de 60.000 Euros en caso de servicios, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

En estos casos, el plazo de presentación de ofertas o proposiciones no puede ser inferior a 10 días hábiles desde el siguiente a la publicación en el perfil del contratante. No obstante, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles (Artículo 159 Numeral 6 LCSP).

- ❖ **Procedimiento restringido**: El procedimiento restringido se caracteriza porque únicamente podrán presentar sus ofertas quienes previamente resulten seleccionados mediante convocatoria pública por la Administración Pública.

El mismo se desarrolla en dos etapas o fases, a saber:

- ✓ Fase abierta o pública: En ella se invita a las empresas que cumplan los requisitos subjetivos que se indican, como ser en cuanto a solvencia, en procura de seleccionar un número limitado de proponentes. La doctrina ha indicado que:

“otro extremo que tendrá que fijar el órgano de contratación es una horquilla con el número mínimo y, en su caso, máximo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento”¹⁶⁰

¹⁶⁰ **DELGADO PIQUERAS, Francisco**. “Procedimiento restringido y concurso de proyectos”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Pág. 1606.

Luego, sólo podrán participar las firmas que resulten seleccionadas por el órgano de contratación.

- ✓ Fase restringida de selección: Se elegirá la mejor oferta entre las que presenten las empresas previamente seleccionadas en la primera fase.

- ❖ **Procedimiento con negociación**: Los Artículos 166 a 171 de la LCSP regulan el procedimiento de licitación con negociación y el negociado sin publicidad. La Profesora **María HERNANDO RYDINGS** ha señalado que:

*“nos encontramos ante procedimientos distintos, no sólo desde un punto de vista formal sino también sustantivo”, siendo que por otra parte, el procedimiento de licitación con negociación tiene carácter extraordinario, por lo que “será necesario que concurra alguno de los supuestos previstos en el art. 167 LCSP... para que las citadas Administraciones puedan licitarlos (arts. 131 LCSP)”*¹⁶¹

Cabe señalar que en el procedimiento con negociación, se elige al adjudicatario tras una negociación de las condiciones del contrato con uno o varios candidatos. En el pliego de condiciones se prevén los aspectos técnicos y económicos objeto de la negociación con los proveedores y las características del objeto de la contratación.

El procedimiento de negociación debe garantizar la no discriminación así como la transparencia.

- ❖ **Diálogo competitivo**: El Artículo 172 de la LCSP establece que la mesa especial de diálogo competitivo dirigirá un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o

¹⁶¹ **HERNANDO RYDINGS, María**. “Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Págs. 1645 – 1646.

varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

En este caso, cualquier empresa interesada puede presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio de licitación, proporcionando la información y documentación para la selección cualitativa que haya solicitado el órgano de contratación.

En cuanto a la diferencia entre la licitación con negociación y el diálogo competitivo, la doctrina ha indicado que:

*“es precisamente la idea de la complejidad una de las que puede permitir deslindar ambos procedimientos. En este sentido, se afirmaba que, en este tipo de supuestos complejos, los órganos de contratación saben cuáles son sus necesidades, pero no cuál es la mejor vía para satisfacerlas y de ahí que se proponga un procedimiento flexible – el diálogo competitivo – en el que el poder adjudicador entabla un diálogo con los seleccionados a partir de el mismo, para perfilar la prestación que podrá satisfacer sus necesidades, es decir, para concretar el objeto del contrato. En cambio, en la licitación con negociación, el objeto del contrato se encuentra definido en el momento en el que se abren las negociaciones las cuales tendrían como objetivo mejorar el contenido de las inicialmente presentadas, de forma tal que no concurre esa complejidad de forma tan intensa a como lo hace en el diálogo.”*¹⁶²

- ❖ **Asociación para la Innovación:** En los Artículos 177 a 182 de la LCSP se regula este procedimiento. Si bien tiene semejanzas con la licitación con negociación o el diálogo competitivo, se trata de un procedimiento nuevo y autónomo, con reglas propias, que tiene como finalidad la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre obras, servicios y productos innovadores, y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras que resulten de ellos, cuando se alcancen los niveles de rendimientos y costos

¹⁶² **HERNANDO RYDINGS, María.** “Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Pág. 1649.

máximos acordados previamente entre los órganos de contratación y los participantes.

Al respecto, la Profesora **Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ** ha expresado que:

“es un único procedimiento en el que una vez identificadas las entidades que participarán en la asociación se distinguen dos fases principales: la precomercial, que abarca la realización de actividades de investigación y desarrollo, y la comercial, referida a la adquisición de los productos, servicios u obras innovadores creados”
163

De esta forma, el procedimiento comienza con una convocatoria de licitación a la que cualquier proveedor puede presentar una solicitud de participación, ante lo cual el órgano de contratación selecciona a los candidatos que podrán licitar, lo cual será sometido a un proceso de negociación.

Posteriormente, pueden producirse fases sucesivas que culminarán con la selección de las entidades que crearán la asociación para la innovación referida.

¹⁶³ **VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia.** “La Compra Pública de Innovación (CPI)”, publicado en “*Tratado de Contratos del Sector Público*”, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Pág. 1693.

VIII.- CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La temática referente al control es una de las más importantes en el Derecho Administrativo. Y es que para contar con un Estado de Derecho como tal, es necesario contar con controles que permitan prevenir, detectar y sancionar posibles desvíos respecto del deber ser.

Como señala el **Profesor Felipe ROTONDO**:

“El control implica la supervisión de las actividades cumplidas o que se cumplen en base a determinados patrones o estándares; habilita el ajuste o la corrección de errores o desviaciones y, mejor aún, su prevención, con incidencia en las actividades en sí mismas o en quienes las efectúan, teniendo presente, en visión técnica, la planificación previa y en visión jurídica, no opuesta a la anterior, el respeto de las reglas de derecho, sean principios o normas” ¹⁶⁴

En materia de contratación pública, y en especial en la aplicación de las normas de libre competencia, los controles adquieren una relevancia singular. En efecto, se trata de un ámbito donde se manejan fondos públicos, y por ende, susceptible de que operen desvíos o conductas indebidas, por lo que los controles tanto administrativos como jurisdiccionales resultan imprescindibles.

Así, los controles permitirán cotejar el apego del ser al deber ser en el obrar diario tanto de los servidores públicos que se desempeñan en el área, como de las personas que se erigen como proveedores.

De esta forma, el control en la materia adquiere una relevancia singular, dado que la fiscalización no solo permite detectar irregularidades y disciplinar al respecto, sino que también genera un efecto persuasivo y disuasivo.

Existen así diferentes tipos de controles:

¹⁶⁴ **ROTONDO TORNARÍA, Felipe**. “Noción de control. Su relevancia institucional”, en “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado”, AAVV, Felipe Rotondo (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2017, Pág. 11.

- **Controles jurisdiccionales.** Este tipo de controles implica el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de aquellos órganos que de acuerdo a la normativa vigente cuentan con potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.¹⁶⁵

Se destaca la existencia de fallos jurisdiccionales en casos de contratación pública, vinculados entre otros aspectos a cuestiones que conllevan la responsabilidad civil, disciplinaria e incluso penal.

- **Controles administrativos.** Encontramos en este caso a la Administración Pública controlando a la Administración Pública. En otras palabras: el Estado controlando al Estado. Como señala el Dr. **Manrique EGUREN:**

“el control del manejo de los fondos públicos por parte de los administradores, puede efectuarse por la propia Administración, mediante la actuación de dependencias técnicas destinadas a esa tarea. Pero además de ese control interno -de dudable importancia- existe el control externo, que es realizado por entidades no dependientes de la Administración controlada, en atención a la necesidad de que el mismo sea ejercicio por órganos autónomos, no sometidos a la jerarquía de quienes son fiscalizados”¹⁶⁶

De esta manera, surge la importancia de los controles internos (dentro de la propia Administración actuante), como de los externos (mediante órganos ajenos a dicha Administración en sí).

Por su parte, existen controles que pueden tener carácter previo (antes de la realización de la tarea), o a posteriori (una vez que la misma ha sido realizada).

¹⁶⁵ En Europa resultan trascendentes los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que entiende en el recurso por incumplimiento, en la cuestión prejudicial y en la recuperación de ayudas concedidas por la Unión Europea vinculadas a un contrato.

¹⁶⁶ **EGUREN, Manrique.** “El Tribunal de Cuentas”, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo-Uruguay, Año 2009, Pág. 15.

El control previo que por ejemplo verifica el cumplimiento de los principios de la contratación, tal como señala el Profesor **Martín María RAZQUIN LIZARRAGA**:

“radica principalmente en la actuación de los entes del sector público que cuentan con órganos de control, como principalmente los interventores y asesores jurídicos, cuya intervención es obligada tanto en relación con el expediente de contratación como en la composición de las Mesas de contratación.”¹⁶⁷

De esta forma, el control interno resulta de enorme relevancia, pues ayuda a prevenir situaciones no ajustadas a la normativa.

Por otra parte, adquieren singular importancia los controles externos, por lo que se destaca la existencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS).

Al respecto, especial destaque merece el Tribunal de Cuentas en Uruguay, así como el Tribunal de Cuentas de España.

Si bien son diferentes, ambos tienen en común ser el órgano máximo de control externo de las cuentas y la hacienda pública de su país, destacándose que fueron creados por la Constitución respectiva, lo que también demuestra su trascendencia.

No obstante, existen diferencias importantes en los regímenes uruguayo y español. En efecto, mientras en Uruguay el Tribunal de Cuentas únicamente ejerce función administrativa de control, el Tribunal de Cuentas español desempeña actividad fiscalizadora, pero también tiene a su cargo la función jurisdiccional en cuanto enjuicia por la responsabilidad contable en que incurran quienes manejen fondos públicos, en los casos en que se produce un menoscabo o perjuicio para el erario público.

¹⁶⁷ **RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María.** “Los principios generales de la contratación pública”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Págs. 234 – 235.

En España también se destaca que existen diversos órganos de control eternos de la Comunidades Autónomas, que han adquirido diversas denominaciones, con competencia en sus respectivos ámbitos territoriales.

Por otra parte, adquiere relevancia la participación de las llamadas Agencias de Compras, como es en el caso de Uruguay la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), quien tiene a su cargo el velar porque las compras públicas se realicen de acuerdo a la legalidad, teniendo incluso a su cargo el Observatorio de la Contratación Pública del país.

Asimismo, se debe destacar la existencia en España de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon). Se trata de un órgano colegiado encargado de velar por la aplicación de la normativa en materia de contratación pública, que cuenta con independencia orgánica y funcional.

Para finalizar, debemos indicar que existen múltiples controles de diversos tipos en lo que refiere a la contratación pública.

Al respecto, resulta de gran impacto la participación de Organismos de control en materia de prevención de la corrupción y fomento de la ética pública, ya que en definitiva, la contratación pública constituye un sector de actividad del Estado donde la integridad del servidor público adquiere suma relevancia.

Todos los controles son necesarios y positivos, debiéndose tener presente que abordan un sector actuación diverso del Estado, de sus agentes y de los proveedores, por lo que resulta de gran importancia el conocimiento de los pronunciamientos de control y la interacción entre los mismos.

IX.- CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LIBRE COMPETENCIA

IX.1.- LIBRE COMPETENCIA EN LAS ETAPAS DE LA CONTRATACIÓN.

En todo procedimiento de contratación competitivo, se verifican ciertas etapas o fases que pueden graficarse de la siguiente forma:

❖ Etapa Preparatoria (Diseño del procedimiento y del contrato):

Implica la preparación de la compra pública de que se trate. Existe una planificación previa y luego se analiza la necesidad pública a satisfacer por parte de la Administración. Tradicionalmente esta etapa se caracterizaba por desarrollarse internamente en el seno de la Administración, sin participación de eventuales interesados en intervenir. No obstante, en la actualidad existen institutos tales como el Request For Information (RFI), o Consultas Preliminares del Mercado (CPM), que permiten contar con información.

En esta etapa se determina qué procedimiento se llevará a cabo y se lo diseña, así como al contrato que luego se formalizará, y se confeccionan las bases del llamado.

❖ Etapa Esencial:

Se produce la exteriorización de la voluntad de contratar, se dicta el acto administrativo correspondiente y posteriormente se produce la operación material de publicidad, por la que se procura el conocimiento por parte de terceros, de su voluntad de contratar, así como los términos y condiciones de la contratación de que se trate. Dentro de esta etapa se llevará a cabo asimismo, la presentación de ofertas, la apertura de las mismas, la intervención de los órganos de asesoramiento en los casos en que la participación de la misma resulta preceptiva, etc., hasta el dictado de la Resolución de adjudicación.

❖ Etapa Contingente:

En ciertos regímenes se prevén institutos que proceden en forma eventual, en tanto pueden darse los requisitos para su procedencia o no. En Uruguay se prevén los institutos de mejora de ofertas, mejora de condiciones y negociaciones, así como el manifiesto que implica conferir vista previa en forma preceptiva en ciertos casos.

❖ **Etapas Integrativas.**

La etapa esencial culmina con la decisión de la Administración, vislumbrándose una última fase que es denominada integrativa, por cuanto refiere a la formalización del contrato. En la misma es menester tener presente la forma en que en cada ordenamiento jurídico se la regula.

❖ **Ejecución del contrato.**

Una vez que el contrato público se perfecciona, comienza su ejecución, en la que pueden verificarse ciertos institutos como el de la cesión del contrato o la ampliación en los casos en que el régimen jurídico así lo prevé.

IX.1.1. Análisis de la Etapa Preparatoria

La etapa preparatoria da inicio a un procedimiento de contratación. En esta etapa se verifican los siguientes aspectos:

➤ **IDENTIFICACIÓN Y DETECCIÓN DE NECESIDADES. PLANIFICACIÓN.**

Una vez que se detecta la existencia de una necesidad, resulta imperioso identificarla y estimarla, lo que supone apreciar y valorar la carencia de que se trate. Esto requiere indagar dentro de la organización a efectos de determinar qué es lo que se necesita concretamente, y las características que debe cumplir el insumo o prestación para satisfacer dicho reclamo.

La Administración debe procurar determinar en forma precisa cuál es la necesidad que pretende satisfacer, individualizando cuál es la prestación que

requiere, lo que constituirá el objeto de la contratación. Asimismo, debe individualizar cuáles son las características que debe cumplir la prestación de que se trate.

No es poco usual verificar que recién durante el transcurso de la etapa esencial de los procedimientos, la Administración detecta a partir de las ofertas ya presentadas por los proponentes o licitantes, que existen otras prestaciones que no se consideraron en la etapa preparatoria del procedimiento, y que por lo tanto no forman parte del mismo, pero que hubieran permitido satisfacer cabalmente la necesidad del objeto de que se trate.

A efectos de determinar las necesidades y su factibilidad, se debería recurrir a quienes tengan conocimiento y experiencia en el objeto de que se trate, siendo posible contratar durante la etapa preparatoria a personas idóneas que permitan a la Administración efectuar una adecuada detección de necesidades y análisis de factibilidad.

➤ **ESTUDIOS DE FACTIBILIDAD.**

Implica corroborar que la adquisición es posible. En efecto, una vez que la Administración detecta qué necesita, debe analizar la posibilidad de efectivizar la contratación, lo que requiere realizar un estudio que determine la factibilidad desde – al menos – los siguientes aspectos:



a) Factibilidad jurídica: Se debe determinar si la contratación pública que se proyecta da cumplimiento a las reglas de derecho imperantes. Entre otros aspectos, se debe estudiar si el objeto de la compra encuadra dentro de los cometidos de la Administración contratante, en consideración a la plena vigencia del principio de especialidad. En ese sentido, se debe cotejar el objeto de la futura contratación, cotejando si encuadra dentro de las tareas asignadas normativamente a la Administración contratante.

b) Factibilidad Técnica: Es necesario analizar si técnicamente la solución que se pretende adquirir resulta viable, en mérito a lo ya existente en la Administración contratante y a los proyectos que en la misma se desarrollarán.

c) Factibilidad Económica o también llamada económico-financiera: Se debe asegurar que de acuerdo a los recursos asignados al contratante, la compra es posible. En general se prevé en los diversos países la realización de una reserva de dinero, de conformidad con el crédito presupuestal disponible, lo que también ha sido dado en llamar imputación provisoria del gasto.

Esto implica reservar el dinero que se prevé que la compra insumirá.

d) Factibilidad política: Resulta imperioso determinar si existe voluntad de quien tiene el poder de decisión para ordenar el gasto derivado de la contratación.

e) Factibilidad de mercado: Requiere que el producto, servicio u obra que se necesita exista en el mercado o sea susceptible de existir de acuerdo a pautas de innovación.

El conocimiento del mercado por parte del comprador en la contratación pública resulta imprescindible para comprar bien, obteniendo los mejores

insumos en buena relación calidad-precio, cumpliendo con el concepto de generar el mayor valor por dinero.

➤ **DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN APLICABLE.**

Estimada la necesidad y efectuado el análisis de factibilidad, es necesario determinar el procedimiento aplicable para seleccionar al co-contratante.

En este aspecto debemos considerar la trascendencia de cumplir los postulados de la libre competencia.

Tal como se indica en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia realizada por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en España:

*“La posibilidad de elección por los órganos de contratación de un determinado procedimiento de contratación viene condicionada a que se den los requisitos asociados a cada uno de estos procedimientos que impone la normativa de contratación pública. En otros casos, no obstante, la normativa permite aplicar determinados procedimientos sin necesidad de que se cumpla requisitos alguno. Es importante que dichos órganos tengan en cuenta que su elección puede determinar las condiciones de competencia de la licitación.”*¹⁶⁸

Es que, tal como se señala en la guía referida, la selección del procedimiento es un momento crucial porque forma parte del diseño mismo de la compra que luego se formalice.

➤ **CONFECCIÓN DE LAS BASES DEL LLAMADO.** Resulta necesario elaborar las bases del llamado, lo que se materializa en la confección de Pliegos de Condiciones Particulares.

Los mismos conformen bases que deben reunir ciertas condiciones y

¹⁶⁸ **COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA.** Guía sobre Contratación Pública y Competencia. España. Año 2011, Pág. 10.

conformar así un “traje a medida” para ese procedimiento en particular.¹⁶⁹

Así, los Pliegos de Condiciones Particulares se deben regir por lo que personalmente me gusta denominar como la regla de las “cinco C”, en tanto es necesario que sean:

- **Certeros:** Deben ser disposiciones acertadas, provenientes de información adecuada. Ello implica la necesidad de realizar el estudio de factibilidad en la etapa preparatoria del procedimiento, por la que se analiza la viabilidad de la contratación desde varios puntos de vista como ser técnico, económico, jurídico y de mercado. En efecto, el estudio de mercado previo resulta imprescindible para poder determinar el alcance de la compra, lo que debe plasmarse en las disposiciones de las bases respectivas.
- **Claros:** Requiere que sean inteligibles, por tanto, fáciles de comprender. Debe percibirse correctamente su tenor por parte del lector y no deben dejar lugar a dudas, por lo que es necesario utilizar un lenguaje acorde, sin incurrir en ambigüedades ni establecer preceptos que den lugar a confusión. Se debe evitar la duplicación de requisitos y prevenir la existencia de indefiniciones, contradicciones y cláusulas ambiguas.
- **Concisos:** La concisión implica *“brevedad y economía de medios en el modo de expresar un concepto con exactitud”*¹⁷⁰. Esto implica que las bases del llamado deben guardar la extensión necesaria de acuerdo a la complejidad que implique el objeto así como las características del llamado mismo. No existen parámetros acabados de extensión a priori ni puede haberlos, ya que la concisión implica realizar el esfuerzo intelectual por expresar los conceptos con exactitud pero en la extensión que sea necesaria para lograr los objetivos propuestos.
- **Completos:** Deben ser cabales, acabados, sin omisiones.

¹⁶⁹ PINTO NERÓN, Ximena. “Licitación Pública. Problemas en la etapa preparatoria”, publicado en “Renovación de la Contratación Pública”, publicación del Instituto de Derecho Administrativo de la UDELAR, Ed. FCU, 1ª Edición, Agosto de 2013.

¹⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> Consultado con fecha 25 de febrero de 2022.

- **Consistentes:** Requieren solidez y coherencia entre las distintas disposiciones que integran el Pliego de Condiciones Particulares.

IX.1.2. Aspectos de libre competencia a ser contemplados en la Etapa Preparatoria.

En esta etapa que prepara el procedimiento y diseña la estructura de la contratación misma, resulta crucial dar cumplimiento cabal a los postulados de la libre competencia.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), ha diseñado una lista de verificación de ciertos aspectos en la etapa de diseño del proceso de contratación a efectos de reducir riesgos de prácticas contrarias a la libre competencia.¹⁷¹

Esos aspectos a tener en cuenta por parte de las Administraciones Públicas Estatales que deseen realizar una contratación, son:

1) *Informarse antes de diseñar el proceso de contratación.*

Una vez que se detecta una necesidad, se requiere efectuar un completo estudio de mercado, recopilando información sobre los objetos que se cotizan en el mercado, así como información sobre potenciales proveedores de los bienes, servicios u obras que se pretenden contratar. La OCDE señala que ésta es la forma idónea para que los funcionarios intervinientes en el proceso de adquisición lo efectúen procurando lograr el mejor “valor por dinero”.

A estos efectos, la OCDE indica que es necesario que se contemplen ciertos extremos, a saber:

- desarrollar experiencia interna lo antes posible.
- tener presente cuáles son los sectores más propensos a la colusión, es decir, a acuerdos entre proveedores.

¹⁷¹ **Guía OCDE para combatir la colusión.** Puede ser consultada en: http://www.coprocom.go.cr/documentos/seminarios/guia_ocde_combatir_colusion_licitaciones.pdf

- recopilar información acerca de cambios recientes en los precios.
- informarse sobre precios en áreas vecinas.
- reunir información sobre las ofertas anteriores para ese tipo de productos o similares, conforme los procedimientos efectuados tanto en el Organismo de origen como en otros Organismos.
- si se contratan Consultores externos para participar en la Etapa Preparatoria de los procedimientos, asegurarse de que firmen acuerdos de confidencialidad.

2) Diseñar el procedimiento de contratación para maximizar el potencial.

La OCDE indica que la competencia efectiva se puede mejorar si un número suficiente de proveedores presumiblemente puedan presentarse ante la posibilidad de cotizar a efectos de contratar con el Estado, es decir que resulta imprescindible la concurrencia. En este sentido, se indica que es necesario facilitar la competencia, por ejemplo mediante las siguientes previsiones:

- Reducción de los costos para participar en los procedimientos.
- Evitar requisitos de participación que limiten la competencia sin razón.
- No limitar injustificadamente la participación de proveedores, sobre todo los provenientes de otras regiones o países.
- Fomentar condiciones que permitan la participación de proveedores de porte pequeño y mediano.
- Evitar la exigencia de grandes garantías a efectos de ofertar, en virtud de que pequeños oferentes se podrán ver impedidos de presentarse.
- Reducir los costos de preparación de la oferta. Para ello, la OCDE propone utilizar un sistema de procedimientos electrónicos, si ellos se encuentran disponibles.
- Siempre que sea posible, permitir que las ofertas se puedan efectuar respecto de lotes o diversos objetos del contrato, a efectos de permitir la presentación de pequeñas y medianas ofertas.
- Permitir un tiempo adecuado para que las empresas puedan preparar y presentar una oferta, otorgando la antelación necesaria a esos efectos.

Este último aspecto ha generado preocupación a nivel mundial, ya que no basta con la existencia de normas en los diversos países que aseguren una antelación mínima entre la publicación y la apertura de ofertas, sino que es necesario que las Administraciones Públicas Estatales consideren que la complejidad de ciertos objetos amerita otorgar determinado tiempo a los proveedores para que preparen una oferta adecuada.

En Uruguay se contempló dicha situación a nivel normativo, y por ello encontramos el Artículo 51 Inciso final del T.O.C.A.F., que preceptúa:

“El plazo que se establezca para la presentación de ofertas debe ser apropiado para que los oferentes puedan preparar adecuadamente sus ofertas y solicitar precios en plaza o al exterior, sin perjuicio de la eventual urgencia o conveniencia del llamado que requiera establecer plazos menores.”

3) Definir claramente las necesidades de la Administración y evitar previsibilidad.

Resulta imprescindible determinar con precisión las necesidades de la Administración y plasmarlas en forma adecuada en las bases que regirán los procedimientos.

Se indica que la redacción de las bases del llamado constituye una instancia que es vulnerable al sesgo, el fraude y la corrupción. Las especificaciones deben ser claras y completas, pero no discriminatorias.

En tanto más claros sean los requisitos, más fácil resultará para los proveedores potenciales entenderlos y mayor será su confianza a los efectos de preparar y presentar sus ofertas. Cabe señalar que la OCDE indica que *“la claridad no se debe confundir con la previsibilidad”*, evitando contratos que presentan siempre valores idénticos que contienen datos que pueden ser fácilmente compartidos entre competidores.

Asimismo se señala que no se debe dejar espacio a los proveedores para definir términos clave luego de haber resultado adjudicatarios. Por otra parte, resulta

necesario trabajar en conjunto con otros compradores del sector público y la gestión de contratación pública común.

4) Diseñar el proceso de contratación procurando reducir de manera eficaz la comunicación entre los postores.

Al diseñar el procedimiento de contratación, los funcionarios intervinientes deben ser conscientes de los diversos factores que pueden facilitar la colusión, siendo que la eficiencia del proceso de contratación dependerá del modelo de procedimiento aprobado, así como del diseño de la oferta.

Los aspectos a tener en cuenta según la OCDE, son (entre otros):

- Necesidad de no brindar información, más allá de lo permitido.
- Si al momento de realizar el estudio de factibilidad y de mercado, se debe invitar a proveedores a dialogar, se debe evitar el ingreso de potenciales proveedores juntos mediante reuniones regulares.
- Limitar en la medida de lo posible las comunicaciones entre los ofertantes en el proceso. El requisito de presentación personal de las propuestas proporciona una oportunidad para la comunicación de última hora. Esto podría evitarse, por ejemplo, mediante el uso de licitaciones electrónicas según la OCDE. En Uruguay se encuentra prevista la apertura presencial así como la electrónica de ofertas en el Artículo 65 del TOCAF, debiéndose destacar que esta última ha tenido grandes avances en los últimos años.
- Considerar cuidadosamente qué información se imparte en el acto de apertura de ofertas.
- Evitar la publicación de información competitivamente sensible, ya que esto puede facilitar la formación de esquemas de manipulación de licitaciones, de cara al futuro.
- Si se utilizan precios de referencia, no publicar los mismos, manteniéndolos a resguardo.
- Ser cuidadoso en el empleo de Consultores externos para llevar adelante el procedimiento de contratación, ya que pueden tener relaciones de trabajo establecidos con los diversos candidatos.

- Siempre que sea posible, solicitar que las ofertas se presenten de forma anónima (por ejemplo, tener en cuenta la identificación de los oferentes con números o símbolos) y permitir que las ofertas puedan presentarse por otros medios, como ser el correo.
- Exigir a los oferentes que revelen todas las comunicaciones con los competidores, considerando la posibilidad de imponer a los licitadores la firma de un certificado de determinación.
- Exigir a los postores revelar por adelantado si tienen la intención de recurrir a subcontratistas, ya que puede ser una manera para dividir las ganancias entre los proveedores del mercado.
- Incluir en las bases del llamado una advertencia sobre las sanciones previstas en el país en caso de manipulación de procedimientos de contratación.

5) Elegir cuidadosamente los criterios de evaluación de ofertas y adjudicación.

La OCDE indica que todos los criterios de selección afectan la intensidad y la eficacia de la competencia en el proceso de adquisición, por lo que recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos:

- La decisión sobre qué criterios de selección se utilizan no sólo es importante para el proyecto actual, sino también en el mantenimiento de una reserva de potenciales proveedores creíbles con un continuo interés en hacer una oferta en el futuro.

- Resulta importante asegurarse de que los criterios de selección y adjudicación son elegidos de tal manera que los oferentes creíbles, incluidas las pequeñas y medianas empresas, no son espantados innecesariamente.

- Siempre que la evaluación de ofertas contenga criterios distintos del precio (por ejemplo, la calidad del producto, servicios de post-venta, etc.) estos criterios deben ser descriptos y ponderados adecuadamente con antelación para evitar problemas posteriores a la adjudicación. Cuando se utilizan correctamente, estos

critérios pueden recompensar las medidas de innovación y reducción de costos, junto con la promoción de precios competitivos.

- Necesidad de evitar cualquier tipo de tratamiento preferencial para una determinada clase o tipo de los proveedores.

- Investigar las razones de la existencia de ofertas idénticas y, si es necesario, considerar volver a hacer la invitación a ofertar.

- Capacitación a los funcionarios involucrados en el proceso de contratación respecto del resguardo de la confidencialidad en los casos en que ella se da.

- Crear conciencia entre los funcionarios públicos respecto de los riesgos de manipular los procesos de contratación.

- Formación profesional a efectos de fortalecer en los funcionarios de adquisiciones la conciencia de la competencia en las contrataciones públicas.

- Recopilación de información histórica sobre comportamientos en los procedimientos de contratación, mediante el monitoreo constante de las actividades realizadas, y mediante la realización de análisis de los datos del procedimiento ayuda a las agencias de contratación y a las autoridades, para identificar situaciones problemáticas.

- Almacenar información acerca de las características de las ofertas anteriores (por ejemplo, almacenar información del producto adquirido, datos de los oferentes, y la identidad del adjudicatario).

- Revisar periódicamente el historial de las ofertas de productos o servicios en particular y tratar de discernir patrones sospechosos, especialmente en industrias susceptibles a colusión.

- Realizar comprobaciones de comparación entre las listas de las empresas que hayan presentado una expresión de interés y las empresas que han presentado ofertas para identificar posibles tendencias tales como retiradas de oferta y utilización de subcontratistas.

- Llevar a cabo entrevistas con los vendedores que ya no pujan en los procedimientos de contratación y los proveedores no elegidos.

- Establecer un mecanismo de denuncia para que las empresas comuniquen problemas de competencia. Por ejemplo, identificar claramente a la persona o la

oficina a la que deben presentarse las quejas (y proporcionar sus datos de contacto), asegurando un nivel apropiado de confidencialidad.

- Establecer procedimientos internos que alienten o requieran los funcionarios para informar sospechas de declaraciones o conductas, a las autoridades de la competencia.

- Considerar la creación de incentivos para alentar a los funcionarios a formular denuncias.

En relación a la definición de los criterios de selección, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) refería en forma expresa. En efecto, en dicho documento se expresa:

“Los criterios de valoración deben reflejar claramente los objetivos específicos cuya satisfacción se pretende puntuar, evitándose en particular la vaguedad de su enunciado, o la confusión de los medios con los fines.”¹⁷²

IX.1.3. Planificación de las compras y fraccionamiento del gasto.

Según la **Real Academia Española**, *“Dividir algo en partes o fracciones”*¹⁷³ lo que aplicado a la contratación pública, implica separar el gasto que se va a realizar, de manera que impacta en el procedimiento, en la publicidad, en quién es competente para disponer el gasto o en el control, entre otros aspectos.

El fraccionamiento es regulado de diversas formas en los diferentes ordenamientos jurídicos, a saber:

¹⁷² **COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA.** Guía sobre Contratación Pública y Competencia. España. Año 2011, Pág. 20.

¹⁷³ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [10 de mayo de 2023].

a) FRACCIONAMIENTO EN URUGUAY.

El **Artículo 43 del TOCAF** establece:

“Los ordenadores de gastos adoptarán las medidas necesarias para contratar los suministros o servicios por grupos de artículos o servicios, de forma de facilitar la presentación del mayor número posible de oferentes.

Las previsiones de necesidades de suministros, servicios y obras y las respectivas contrataciones deberán hacerse de la forma que mejor se adecue al objeto de estas últimas y a las necesidades y posibilidades de la Administración contratante y hallarse incluidas y publicadas en el plan anual de contratación...”

De esta forma, se procura que la contratación se efectúe con la adecuada planificación, considerando la totalidad de los insumos a adquirir.

Por otra parte, los **Artículos 32 y 43 incisos 3, 4 y 5 del TOCAF** refieren a la figura del fraccionamiento, la que admite dos variantes con consecuencias sustancialmente diversas, a saber:

- **Fraccionamiento necesario:** Se trata de aquellos casos en que se requiere fragmentar el gasto conforme a parámetros de buena administración, en cuyo caso el Ordenador fracciona el gasto bajo su responsabilidad, siendo requisitos para su procedencia, el formular expresa constancia de su fundamento y de la conveniencia para el servicio. Resulta trascendente que en este supuesto de fraccionamiento necesario se motive adecuadamente el acto administrativo que dispone las adquisiciones fragmentadas.
- **Fraccionamiento irregular o artificial:** Se produce cuando se efectúa una fragmentación o fraccionamiento del gasto, en forma artificial o forzada para que la erogación encuadre en determinados límites (Ej.: compras parciales, prestaciones por menor plazo, etc.).

En caso en que se produzca un fraccionamiento irregular para que la operación se realice en determinados límites, conforme lo dispone el Artículo 32 Inciso 2º del T.O.C.A.F., será considerada falta grave para aquellos que hubieran participado en la maniobra, siempre que se comprueben los extremos referidos.

Al año 2023, el límite para proceder a la Compra Directa en los Organismos Comunes asciende a la suma de \$ 239.000, en los Gobiernos Departamentales a \$ 896.000 y en los Organismos con topes ampliados a \$ 1:194.000.

Supongamos que existe una contratación prevista que generará una erogación mayor, con un fraccionamiento irregular, es posible segmentar el monto de manera de realizar en forma ilícita variadas Contrataciones Directas, lo que implica la posibilidad de elegir directamente al co-contratante, sin competencia ni puja en el mercado, vulnerando así los postulados de la libre competencia.

Cabe preguntarse en qué período es necesario efectuar la previsión. Es menester señalar que el anterior Texto Ordenado que rigió hasta mayo del año 2012, en su Artículo 40 Inciso 2º, establecía:

“En lo posible, las previsiones de necesidades de suministros y las respectivas contrataciones deberán hacerse por el término del ejercicio.”

Surge así que en la normativa actualmente vigente se eliminó la referencia a la previsión por el término del ejercicio, en tanto fuera posible. Ello lleva a plantearse si existe un límite temporal que delimite la planificación, lo que se relaciona directamente con la figura del fraccionamiento.

A mi entender, si bien la planificación debe hacerse considerando en forma directa el objeto de la contratación así como las necesidades y posibilidades de la Administración de conformidad con lo preceptuado por la normativa actualmente vigente, no debemos perder de vista las restantes disposiciones imperantes en la materia, en especial, el Artículo 13 del T.O.C.A.F. que establece que el ejercicio

financiero se inicia el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año, siendo que los créditos son anuales.

En virtud de ello, y siendo que la figura del fraccionamiento se mantiene en sus dos vertientes (necesario e irregular), considero que la planificación se debe efectuar en consideración al objeto, las necesidades y la factibilidad de la adquisición, la que puede llevar incluso a disponer un fraccionamiento necesario, pero siempre teniendo en cuenta el término del ejercicio financiero.

Considero por ende, que no ha variado la situación respecto del régimen anterior en dicho aspecto, en tanto la referencia al término del ejercicio que establecía la normativa, se refería a que ello se efectuara “en lo posible”, es decir, en tanto ello fuera factible, lo que sigue manteniéndose de igual forma.

Por otra parte, la normativa prevé la confección de un Plan Anual de Contratación, el cual, como su nombre lo indica, implica una planificación anual.

Cabe señalar que el **Tribunal de Cuentas de la República**, en un caso sujeto a su consideración, emitió un interesante pronunciamiento en su Resolución de fecha 2 de mayo de 2013, en el que indicó que la normativa prevista en el TOCAF exige:

*“**CONSIDERANDO: 3)**... a) que se realice un relevamiento de las necesidades – en lo posible - por el término del ejercicio; y*

b) que la planificación de las compras a realizar se haga organizándolas por grupos de Artículos del mismo ramo o comercio. Ello tiene por finalidad lograr la concurrencia del mayor número posible de oferentes, para obtener mejores condiciones de compra, así como incrementar los controles de acuerdo al monto del gasto;

4) que el sistema previsto, - en aplicación del principio de flexibilidad consagrado en el 149 del mismo cuerpo normativo, admite que los ordenadores, bajo su responsabilidad “fraccionen” las compras dejando expresa constancia de su fundamento y de su conveniencia para el servicio;

5) que, en consecuencia, el fraccionamiento del gasto está permitido por la ley como procedimiento excepcional, cuando el tipo de actividad y las necesidades del

servicio lo requieran, siempre que así lo disponga el ordenador por resolución fundada. El régimen legal vigente, si bien establece un procedimiento genérico para las contrataciones, (la licitación pública) admite, según el monto o el objeto que se pretenda adquirir, utilizar procedimientos diversos pero siempre cumpliendo con los principios generales de la contratación administrativa;

6) *que el fraccionamiento del gasto como práctica configurará una falta que determina la responsabilidad de los involucrados, en aquellos procedimientos que el Tribunal de Cuentas observe en forma reiterada, cuando éste sea utilizado como práctica “artificial” para evadir la aplicación de los procedimientos legalmente previstos;”*

De esta forma, el Tribunal de Cuentas parte de la base de que el fraccionamiento del gasto constituye un instrumento de carácter excepcional en su hipótesis de “fraccionamiento necesario”. Sin embargo, se indica como contrario a la legalidad el “fraccionamiento irregular o artificial”, con las graves consecuencias que el ordenamiento jurídico uruguayo prevé.

b) FRACCIONAMIENTO EN ESPAÑA.

En España, el **Artículo 99 de la Ley 9/2017 (LCSP)**, bajo el acápite “Objeto del Contrato”, dispone:

“2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras...”

De acuerdo al régimen español, existen dos tipos de fraccionamiento, a saber:

- **Fraccionamiento necesario:** Se trata de aquellos casos en que se puede fragmentar el gasto conforme a parámetros de buena administración. El mismo puede ser denominado “fraccionamiento bueno”, por cuanto es a favor de las normas.
- **Fraccionamiento indebido:** Se realiza con la finalidad de disminuir el gasto y de impactar en aspectos de procedimiento o publicidad. Este fraccionamiento puede ser denominado “fraccionamiento malo”, dado que contraviene las normas vigentes.

Cabe señalar que la Directiva No. 2014/24/UE en su Artículo 5.3 ha recogido el **principio de no división fraudulenta del objeto del contrato**, en los siguientes términos:

- **Artículo 5.3 Directiva 2014/24/UE:** *“...Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas.”*

De todo lo expuesto surge que, tanto en el Derecho español como en el uruguayo, el fraccionamiento que se encuentra prohibido es el artificial o irregular, en contravención a la jurisdicción.

Esto implica segmentar el contrato y el gasto que de él se derive en varios menores, con las implicancias que ello genera.

Pensemos en una contratación que se segmenta o fragmenta, se divide, de forma de tramitarse por la vía del Contrato Menor, previsto en el Artículo 118 de la LCSP que únicamente procede en aquellos cuyo valor estimado resulte inferior a 40.000 Euros en caso de obras o de 15.000 Euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios en general.

Si se trata de un contrato por un monto sustancialmente mayor, un fraccionamiento irregular puede llevar a que en forma fraudulenta se tramite en el ropaje de diversos Contratos Menores, con las consecuencias que ello conlleva.

Al respecto, tengamos presente que el **Artículo 131 de la LCSP**, bajo el acápite “Procedimiento de adjudicación”, dispone en su Numeral 3:

“3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el Artículo 118.”¹⁷⁴

De esta forma, un fraccionamiento irregular podría llevar a que se adjudique en forma directa varios contratos, impactando en la competencia.

La **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado** ha intervenido en casos que plantean la temática referida, sin perjuicio de reafirmar en el Informe No. 86/2018 que corresponde que cada órgano de contratación analice la situación y no fragmente en forma artificial el contrato, siendo que la Junta como tal solo se expide sobre cuestiones de contratación pública:

“que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.”

En ese sentido, sobre el fraccionamiento, con carácter general la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha afirmado en su Informe No. 86/2018 que:

“En definitiva, si cada prestación constituye un objeto propio y completo, de modo que no necesite de las restantes para su funcionamiento operativo, podrá sostenerse

¹⁷⁴ Es necesario destacar que el Artículo 118 de la LCSP fue modificado por la disposición final 1.1 de Real Decreto Ley 3/2020 de 4 de febrero de 2020. Dicha disposición elimina el límite temporal que preveía la norma antecesora, por la cual se impedía que un mismo contratista suscribiese más de 3 contratos menores con el mismo órgano de contratación en el plazo de un año.

que su contratación separada no implica el fraccionamiento del contrato. La determinación de estos aspectos exige una labor individualizada de cada órgano de contratación atendiendo a los diferentes aspectos que conforman las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, de modo que la separación operativa y funcional de aquellas puede permitir un tratamiento independiente mientras que un fraccionamiento cuyo único objeto fuese separar contratos que debieran estar unidos con el fin de burlar las reglas de publicidad o de procedimiento será ilícito.”

Por otra parte, con anterioridad se había pronunciado la Junta referida en Informe No. 31/2012, expresando:

“...como norma general hay que partir de la base de que, siempre que se mantenga el contrato en su unidad, aunque luego se proceda a la división en lotes del mismo, a efectos de seguir el correspondiente procedimiento en el que se cumplan las reglas de publicidad y concurrencia, manteniéndose sus límites cuantitativos por encima de los umbrales que determinan la aplicación de estas reglas, se podrá proceder a la división en lotes de ese contrato. No obstante, en el presente caso, en el que existe una única finalidad, como es la reparación de las aceras del municipio, lo que conlleva una unidad funcional, la única justificación que ampara una posible división en lotes del contrato, como es el beneficio de las PYMES de la localidad, no justifica que se proceda a tal división, siendo lo correcto que se utilice un único procedimiento de adjudicación para la totalidad de las aceras que vayan a ser reparadas.”

De los elementos que maneja la Junta Consultiva, existen dos a tener en cuenta que pueden determinar la ilicitud del fraccionamiento, a saber:

- La existencia de unidad funcional que implica que todas las prestaciones tienden a lograr un fin único que podría haberse satisfecho con una única contratación, resultando elementales para el logro que se pretende conseguir.
- La finalidad de sortear el régimen jurídico imperante y de huir del tipo de procedimiento que correspondería en caso de no existir fraccionamiento.

Por otra parte, cabe destacar que la normativa española en materia de compras públicas fomenta la división en lotes, constituyendo cada lote un contrato independiente, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 99 de la LCSP, sin perjuicio de lo cual existen excepciones previstos en la propia norma.

IX.1.4. Bases del llamado y libre competencia.

En la etapa preparatoria la Administración determina las condiciones del procedimiento y de la posterior contratación que luego se formalice.

De esta forma, se deben confeccionar los Pliegos de Condiciones, que consisten en el conjunto de cláusulas que unilateralmente crea la Administración para regir el procedimiento e integrarán posteriormente los términos contractuales.

La doctrina clasifica a los Pliegos, distinguiendo entre Pliegos analíticos y sintéticos, según la mayor o menor exhaustividad en sus estipulaciones, siendo:

- Analíticos: Aquellos en los cuales se establecen en forma minuciosa las condiciones referidas al objeto, relación jurídica y procedimiento.
- Sintéticos: La Administración fija las bases de forma sucinta, permitiendo a los proponentes la determinación de determinadas condiciones como ser forma, plazo, modalidad y otras especificaciones de la prestación solicitada, además del precio.

Tal como indica la doctrina, en los Pliegos analíticos se excluye la iniciativa de los oferentes, mientras que en los sintéticos los proponentes cuentan con libertad de iniciativa. 175

Al confeccionar las bases del llamado, la Administración debe procurar dar cumplimiento a los principios imperantes en materia de contratación pública, en particular, el de concurrencia a efectos de obtener la mayor cantidad de ofertas que

175 Cfr. **DROMI, Roberto**. "Licitación Pública", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 1999, Pág. 259.

permita seleccionar a quien presente la propuesta más conveniente, siempre buscando el efectivo cumplimiento de la libre competencia.

Así, el Pliego de Condiciones Particulares debe ser confeccionado en términos de razonabilidad y luego debe ser respetado porque su vulneración implicará un procedimiento diferente.

Resulta relevante lo indicado por el **Tribunal de lo Contencioso Administrativo** (TCA) en Uruguay al respecto, en tanto en Sentencia No. 940/2010 afirmó:

*“Desde que la contratación pública debe fundarse en el “principio de razonabilidad” para cumplir con el fin público comprometido, lo que no impide que en determinadas circunstancias se encuentre en la necesidad de modificar los pliegos, ello solo puede ocurrir siempre que no importe un menoscabo a los principios de igualdad y libre concurrencia del procedimiento licitatorio; que esas modificaciones sean anteriores a la presentación de las ofertas; si ello opera con posterioridad, importa virtualmente un nuevo llamado a licitación sobre las bases de las nuevas condiciones establecidas...”*¹⁷⁶

Lo expresado debe compartirse en todos sus términos, advirtiendo la relevancia que tiene el apego a los principios de la contratación administrativa al respecto.

Es menester indicar que existen tres elementos a determinar en el Pliego de Condiciones Particulares de gran trascendencia para dar cumplimiento a lo antedicho: el objeto del llamado, los requisitos de admisibilidad y los criterios de selección, en los siguientes términos:

¹⁷⁶ **TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Sentencia N° 940/2010 de 11 de noviembre de 2010. Autos caratulados “Empresa Grey Uruguay c/ Estado, Ministerio de Salud Pública Acción de nulidad”, Ficha N° 109/08.

A) Determinación del objeto.

El Profesor uruguayo **Juan Pablo CAJARVILLE** ha afirmado que el objeto de todo procedimiento de contratación pública

“es en verdad el objeto del futuro contrato que celebrará con la Administración el oferente que resulte seleccionado en el procedimiento” 177

Por ende, resulta trascendente la determinación del objeto en los procedimientos licitatorios, siendo que procura satisfacer el interés público. En ese sentido, el especialista argentino Dr. **Roberto DROMI** afirma que la identificación en forma clara y precisa del objeto, constituye un requisito fundamental en el Pliego de Condiciones. 178

En la normativa de los países analizados, se hace referencia al objeto en el siguiente sentido:

PAÍS	NORMA
URUGUAY	Artículo 48 del T.O.C.A.F.: Dispone que el Pliego de Bases y Condiciones Particulares deberá contener: <i>“La descripción detallada del objeto, incluyendo los servicios comprendidos dentro del mismo.”</i>

177 **CAJARVILLE, Juan Pablo.** “Sobre Derecho Administrativo” Tomo II, FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Mayo de 2007, Pág. 315.

178 **DROMI, Roberto.** “Licitación Pública”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 1999, Pág. 248 y siguientes.

<p>ESPAÑA</p>	<p style="text-align: center;">Artículo 99 LCSP:</p> <p style="text-align: center;"><i>“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.”</i></p>
----------------------	--

Siguiendo al Dr. Roberto DROMI, podemos indicar que existen dos límites en la determinación del objeto en una contratación pública, los que deben ser respetados por las Administraciones Públicas al realizar un procedimiento:

- Límite mínimo. Implica la necesidad de establecer el objeto en forma precisa y que no genere confusiones, lo que requiere claridad en su determinación. En caso de no vislumbrarse el cumplimiento de dichos extremos, es decir, si el objeto fuera determinado en forma imprecisa o ambigua *“traería como consecuencia la presentación de ofertas muy heterogéneas y, por lo tanto, inequívocas entre sí, lo que aumentaría innecesariamente el grado de subjetivismo en la evaluación”* 179

La consecuencia de no respetar dicho límite consiste en la imposibilidad de comparación de las propuestas presentadas, al no contar con parámetros para su cotejo por resultar disímiles.

- Límite máximo. Refiere a la imposibilidad de determinar el objeto en forma tan detallada que implique *“singularizar un objeto que no es singular.”* Ello implica que

179 **DROMI, Roberto**. “Licitación Pública”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 1999, Pág. 248.

no es posible brindar tanto detalle en el objeto que lleve a que sea un único producto o servicio.

No respetar dicho límite, implica la posibilidad de que se configure desviación de poder, al no coincidir el fin debido con el fin querido por la Administración.

Asimismo, se puede producir lo que se ha denominado como “llamado” o “procedimiento dirigido”, tendiente a adquirir un objeto específico que produce un proveedor determinado.

En Uruguay, el **Artículo 49 del TOCAF** reconoce la hipótesis de “procedimiento dirigido” en tanto preceptúa:

“la comprobación de que en un llamado a licitación se hubieren formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible para determinada persona o entidad, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a su anulación inmediata en el estado de trámite que se encuentre, y a la iniciación, también inmediata, del sumario pertinente para determinar los responsables.”

En los casos referidos de procedimiento dirigido, el objeto no guarda consonancia con la tutela del interés público, lo que llevará a la anulación del llamado de que se trate, cuando solo es factible de cumplir por una persona o entidad, encontrándose el llamado tendiente a favorecer situaciones particulares.

Respecto de los límites mínimo y máximo que debe respetar el objeto y que fueran analizados, el Dr. **Roberto DROMI** expresa que:

“sin el primero, no existen condiciones para una comparación que pueda resolverse sobre la base de pautas preestablecidas y operativas para valorar equitativamente las propuestas. El segundo, apunta a que la elasticidad del criterio administrativo no esté determinada únicamente por la voluntad o juicio del administrador, so pena de

cometer una arbitrariedad. Es decir, no caben especificaciones que no sean lógicamente atinentes a la necesidad pública que va a ser satisfecha” 180

Se comparte la postura de este autor quien señala que, en ambos casos, ante la contravención a los límites establecidos se vulnera el principio de igualdad, por lo que a mi entender, la contravención a los límites con criterios de razonabilidad, produce una violación flagrante a los postulados de la libre competencia.

Lo indicado se relaciona con la necesidad de que la determinación del objeto se relacione con la necesidad pública de que se trate, es decir, con su aptitud para satisfacer el interés público involucrado. **181**

De esta forma, la determinación del objeto se debe efectuar en forma precisa, con razonabilidad, en procura de satisfacer el interés público, y sin vulnerar los límites indicados, todo lo que se efectiviza al momento de la detección de necesidades dentro de la etapa preparatoria del procedimiento.

B) Requisitos de admisibilidad.

Los Pliegos de Condiciones Particulares deben contener los requisitos de admisibilidad que implicarán determinar si la oferta participa efectivamente en el procedimiento.

Estas son las exigencias sustanciales que deben cumplir los licitantes, siendo que si no las cumplen, no pueden ser consideradas en el procedimiento para su adjudicación.

180 DROMI, Roberto. “Licitación Pública”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 1999, Pág. 249.

181 Cfr. CAJARVILLE, Juan Pablo. “Sobre Derecho Administrativo” Tomo II, FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Mayo de 2007.

Cabe destacar algunas previsiones en los regímenes uruguayo y español, a saber:

PAÍS	NORMA
URUGUAY	<p style="text-align: center;">Artículo 63 del T.O.C.A.F.:</p> <p><i>“Los oferentes deberán presentar sus ofertas en las condiciones que se establezcan en los pliegos respectivos, agregando cualquier otra información complementaria pero sin omitir ninguna de las exigencias esenciales requeridas, pudiendo la Administración definir los medios que regirán en cada caso, para su presentación, según lo considere más adecuado para lograr la mayor concurrencia de oferentes.</i></p> <p><i>Las ofertas deberán ajustarse razonablemente a la descripción del objeto requerido, teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo.</i></p> <p><i>Se considerará que las condiciones técnicas establecidas en el pliego de condiciones particulares tienen carácter indicativo para la consecución del objeto del llamado.”</i></p>
ESPAÑA	<p style="text-align: center;">Artículo 139 LCSP:</p> <p><i>“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.”</i></p>

De esta forma, los oferentes o licitantes deben dar cumplimiento a las exigencias que establecen los pliegos. Esas exigencias esenciales o sustanciales serán tales según surja de las disposiciones que regulan el llamado, por lo cual la Administración, en el transcurso de la etapa preparatoria debe considerar dicho

extremo a efectos de establecer cuáles son los requisitos que desea establecer como básicos y primordiales, y cuáles no lo son.

Al respecto, la Administración deberá aplicar el principio de razonabilidad, siendo cuidadosa de no establecer requisitos que operen como “barrera de entrada” a los procedimientos, vulnerando la concurrencia.

C) Estipulación de los criterios de selección.

En todo procedimiento competitivo de contratación pública resulta fundamental establecer cuáles van a ser los criterios que permitan comparar las ofertas o propuestas entre sí.

Tanto el régimen jurídico de Uruguay como el de España contienen disposiciones que **prevén la necesidad de establecer con carácter objetivo dichos criterios**, en tanto se dispone:

PAÍS	NORMA
URUGUAY	<p style="text-align: center;">Artículo 48 del T.O.C.A.F.:</p> <p style="text-align: center;"><i>“...el documento final deberá contener los siguientes elementos:...C) Los criterios objetivos de evaluación, en un balance acorde al interés de la Administración de elegir la oferta más conveniente y la garantía en el tratamiento igualitario de los oferentes...”</i></p> <p style="text-align: center;">Artículo 65 del T.O.C.A.F.:</p> <p style="text-align: center;"><i>“En todos los casos, al informar se deberá:...C) Juzgar los antecedentes de los oferentes y el contenido de las ofertas en base a los criterios objetivos que se determinen en los pliegos.”</i></p>

<p>ESPAÑA</p>	<p style="text-align: center;">Artículo 145 LCSP:</p> <p style="text-align: center;"><i>“5. Los criterios ... que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:</i></p> <p style="text-align: center;"><i>...b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.”</i></p>
----------------------	---

Surge con claridad que la normativa exige objetividad al momento de determinar los criterios de selección en un caso concreto. Los sistemas que se prevén en los regímenes jurídicos sujetos a estudio, son:

C.1) Criterios de selección en Uruguay.

El régimen imperante desde el 1º de junio de 2012 en Uruguay¹⁸² exige la determinación de criterios objetivos que permitan la comparación de las ofertas, los que deben ser establecidos por la Administración a priori, de manera que los proveedores conozcan con anterioridad a su presentación de qué forma se van a evaluar sus propuestas.

El **Artículo 48 del TOCAF** actualmente vigente establece que el Pliego de Condiciones Particulares deberá contener, como mínimo, los criterios objetivos de

¹⁸² Con anterioridad al 1º de junio del año 2012, las normas jurídicas en Uruguay únicamente requerían que el Pliego de Condiciones Particulares estableciera *“los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas”*.

evaluación, en un balance acorde al interés de la Administración de elegir la oferta más conveniente y la garantía en el tratamiento igualitario de los oferentes.

Al respecto, la norma prevé dos sistemas, siendo que la Administración deberá elegir uno de ellos al confeccionar las bases del llamado, lo que determinará que se trate de un obrar discrecional.

Los dos sistemas previstos entre los cuales la Administración puede optar es posible identificarlos de la siguiente forma: ¹⁸³

i) Régimen de criterios plural o múltiple.

- **Artículo 48 Literal C) del TOCAF:** *“1. Determinación del o de los factores (cuantitativos o cualitativos), pudiendo incluir el precio como factor cuantitativo, así como la ponderación de cada uno de ellos, a efectos de determinar la calificación técnica a ser asignada a cada oferta o alternativa evaluable ofrecida, incluyendo en esta valoración los atributos de experiencia e idoneidad del oferente.”*

En este caso, se puede elegir dentro de múltiples factores, que pueden ser:

- **Cuantitativos** en tanto tienen una medida de valor en sí mismos (como ser el precio, el volumen o el peso, entre otros), o,
- **Cualitativos** dado que no tienen esa medida de valor y deberá asignársele una cuantificación para que resulten medibles (tal es el caso de la calidad, experiencia, antigüedad o garantía post-adquisición, entre otros).

Una vez determinado el o los factores de comparación dentro de un régimen pluralista, resulta necesario establecer la ponderación, lo que implica definir cómo va a sopesar cada uno de los criterios, determinando su impacto en la

¹⁸³ La denominación o título que se otorga a ambos regímenes es propia de la autora del presente trabajo.

calificación final que obtendrá el proveedor.

Es por ello que ante el empleo de criterios cualitativos es necesario proceder a su cuantificación, lo que implica “*expresar numéricamente una magnitud...*”.¹⁸⁴, porque de lo contrario la ponderación sería imposible.

En efecto, como se indicó, las disposiciones requieren la necesidad de ponderar los criterios de evaluación (tanto cuantitativos como cualitativos), lo que implica sopesar o estimar los mismos, estableciendo una relación de predilección a su respecto.

ii) Régimen de criterio único o simple.

- **Artículo 48 Literal C) del TOCAF:** “*2. Exigencia de requisitos mínimos y posterior empleo respecto de quienes cumplan con los mismos, de la aplicación del factor precio en forma exclusiva u otro factor de carácter cuantitativo, siempre que haya sido previsto en las bases que rigen el llamado.*”

En este segundo escenario se prevén requisitos mínimos de admisibilidad y respecto de los proveedores que cumplan los mismos se aplicará un único factor cuantitativo para comparar las ofertas que puede ser el precio u otro que tenga una medida de valor cuantificable.

La determinación de los criterios de selección con carácter objetivo, tutela la libre competencia, en tanto permite a los agentes del mercado competir en los procedimientos de contratación regidos por pautas dotadas de claridad, lo que implicará la ecuanimidad e imparcialidad para la selección del co-contratante.

Cabe destacar que una vez que la Administración ha fijado los criterios de

¹⁸⁴ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [10 de mayo de 2023].

selección, no puede posteriormente, durante la etapa esencial del procedimiento, modificarlas a su antojo, introduciendo nuevos elementos de ponderación. Se han dirimido diversos casos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), entre los que se encuentran aquellos en los que se ha anulado el acto administrativo que dispuso la adjudicación, cuando se ponderaron criterios de selección no incluidos en los Pliegos de Condiciones, como ser, servicios post-adquisición no contemplados inicialmente.¹⁸⁵

La Administración cuenta con amplias facultades para redactar los Pliegos de Condiciones, determinando aspectos de procedimiento y del contrato que se celebrará, siempre respetando las normas jerárquicamente superiores así como los principios imperantes en la materia. No obstante, una vez ejercida esa facultad por la que establece las bases y especificaciones del llamado, queda ceñida a ellas, no pudiendo modificarlas posteriormente a su antojo.

C.2) Criterios de selección en España.

El **Artículo 131.2 de la LCSP** establece que la adjudicación de los contratos que celebren las Administraciones Públicas se realizará ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio.

Por otra parte, se reafirma dicho concepto en el **Artículo 145.1 LCSP**, que bajo el acápite “Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato”, establece:

“La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio...”

¹⁸⁵ En este sentido, **TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia N° 12 de 3/2/99 entre otras.**

De esa forma, el derecho español pone el acento en considerar la **relación calidad – precio**. Para ello, el órgano de contratación deberá seleccionar desde el inicio e incluir en los pliegos los criterios correspondientes.

Estos, de acuerdo al Artículo 145.2 LCSP son de dos tipos:

- **Económicos:** Son aquellos basados en el precio, costes o cálculo de costes del ciclo de vida¹⁸⁶, todo lo cual hace a la rentabilidad de la prestación.

¹⁸⁶ El **Artículo 148 LCSP** preceptúa: “**Definición y cálculo del ciclo de vida.**

1. *A los efectos de esta Ley se entenderán comprendidos dentro del «ciclo de vida» de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.*

2. *El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá, según el caso, la totalidad o una parte de los costes siguientes en que se hubiere incurrido a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:*

a) *Los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, tales como:*

1.º *Los costes relativos a la adquisición.*

2.º *Los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos.*

3.º *Los costes de mantenimiento.*

4.º *Los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado.*

b) *los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; estos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.*

En los casos en que una norma de la Unión Europea haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, se aplicará el mismo a la evaluación de los citados costes.

3. *Cuando los órganos de contratación evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, indicarán en los pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.*

El método utilizado para la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales cumplirá todas las condiciones siguientes:

a) *estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a empresas determinadas;*

- **Cualitativos**, los que deben estar siempre acompañados de un criterio económico y pueden ser, entre otros:
 - Calidad, incluido el valor técnico, características estéticas y funcionales, accesibilidad, diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, características sociales, medioambientales e innovadoras, comercialización y sus condiciones;
 - Características medioambientales que pueden referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética, a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
 - Características sociales del contrato con la finalidad de fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la

b) ser accesible para todas las partes interesadas;

c) la información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas, incluidas aquellas procedentes de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio o de otros Estados signatarios de algún otro Acuerdo Internacional que vincule a España o a la Unión Europea.

4. Los órganos de contratación calcularán los costes a que se refieren los apartados primero y segundo del Artículo 145 atendiendo, preferentemente, al coste del ciclo de vida.”

contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

- Organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda repercutir de manera significativa en su mejor ejecución.
- Servicio posventa o post-adquisición y asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Por otra parte, considerando la forma de valoración de los criterios, podemos dividirlos en dos categorías:

- Evaluables objetivamente, los cuales se analizan mediante fórmulas que se aplican.
- Evaluables mediante juicios de valor, los que suponen un análisis exhaustivo y una formación de voluntad a su respecto.

De esta forma, en el régimen español también podríamos clasificar el régimen de criterios aplicables de la siguiente forma:

i) Régimen de criterios plural o múltiple.

- **Artículo 146.2 LCSP:** *“Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará*

preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante ifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”.

- **Artículo 146.3 LCSP:** *“Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.”*

iii) Régimen de criterio único o simple.

- **Artículo 146.1 LCSP:** *“... cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el Artículo 148”.*

El **Artículo 145.3 LCSP** dispone que la aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

“a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores.

b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución.

c) Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

e) Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.

f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones

de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación.

h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.”

En cuanto a la relación entre el tipo de procedimiento y la determinación de los criterios de selección debemos indicar que existen dos tpos de reglas de valoración, a saber:

- Criterios evaluables mediante fórmulas.
- Criterios que requieren el empleo de un juicio de valor.

Tomando en cuenta el tipo de procedimiento, podríamos graficar la situación

de la siguiente forma:

TIPO DE PROCEDIMIENTO O CONTRATO	NORMA	CRITERIOS A APLICAR
Abierto, ordinario o restringido	Artículo 146.2 a)	En los casos en que la ponderación de los criterios para los que su valoración depende de un juicio de valor que sea mayor a la ponderación establecida mediante criterios evaluables de forma automática, el análisis corresponderá a un Comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de 3 miembros.
Abierto simplificado	Artículo 159	Entre los criterios de adjudicación no puede haber ninguno evaluable mediante juicio de valor, o si existen, su ponderación no puede superar el 25% del total. En caso de prestaciones de carácter intelectual (ejemplo: servicios de arquitectura), la ponderación de los criterios sometidos a juicio de valor no puede superar el 45% del total.
Abierto simplificado abreviado (obras inferiores a 80.000 Euros o suministros y servicios inferiores a 60.000 Euros, salvo los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual)	Artículo 159.6	Únicamente criterios de adjudicación cuantificables, mediante mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos. La valoración podrá efectuarse automáticamente mediante dispositivos informáticos o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.
Contratos con prestaciones de servicios (Anexo IV) y	Artículo 145.4	Los criterios relacionados con la calidad deberán representar menos del

<p>en los contratos con prestaciones de carácter intelectual</p>		<p>51% de la puntuación asignable a la valoración de las ofertas.</p>
--	--	---

De esta forma, los órganos de contratación cuentan con reglas para determinar los criterios aplicables en cada caso y deben seleccionarlos, contemplando el objeto y la necesidad a satisfacer.

Los criterios deben surgir de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o del documento descriptivo, siendo necesario que luzcan en el anuncio que sirve de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- Deben ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- Deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e ir acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

Por último, cabe destacar que la normativa prevé que se establezca como criterio de adjudicación las mejoras, es decir, prestaciones adicionales a las definidas en las bases del llamado pero que no alteren la naturaleza de las prestaciones ni el objeto mismo de la contratación. No obstante, en ese caso deben cumplirse los siguientes extremos:

- Las mejoras deben estar suficientemente especificadas, determinando su alcance.

- No podrá asignársele una valoración superior al 2,5%.

Por último, el **Artículo 147 LCSP** prevé el caso de empate, previendo que los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca la paridad entre dos o más ofertas, indicando los elementos a tener en cuenta en dichas circunstancias.

IX.2.- CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LIBRE COMPETENCIA.

Como señala el Profesor **Carlos DELPIAZZO** nos encontramos ante una *“progresiva migración de la contratación convencional a la electrónica.”*¹⁸⁷

Esta migración se ha dado con diversa intensidad en los diferentes países, pero en todos tiene en común que esa evolución genera no sólo un cambio de paradigma, sino también conlleva la necesidad de variar determinados parámetros culturales.

Algunos de los instrumentos o bases tecnológicas electrónicas aplicadas a la contratación pública que se han implementado en diversos países, son:

- Portal electrónico de adquisiciones.
- Registro electrónico de Proveedores de la Administración Pública.
- Utilización del Expediente Electrónico.
- Implementación de la Firma Electrónica.
- Presentación electrónica de ofertas.

¹⁸⁷ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, 1ª Edición, Junio de 2019, Ed. FCU, Montevideo – Uruguay, Pág. 216.

- Mecanismos de apertura electrónica de ofertas.
- Procedimientos electrónicos, como la subasta electrónica, pregón electrónico, etc.
- Tienda virtual para la adquisición de bienes o contratación de servicios.
- Identidad digital.
- Blockchain o cadena de bloques.
- Smart contracts.
- Inteligencia Artificial.
- Big Data.
- Robótica.
- Catálogos electrónicos.
- Mecanismos de control por interoperabilidad.
- Cruzamiento de datos de registros electrónicos.
- IoT (Internet of things o “Internet de las cosas”).

Con la utilización de diversos instrumentos electrónicos, tanto el ámbito donde se produce el obrar administrativo, como los medios empleados varían, generando nuevos desafíos, siendo que el componente ético ante la nueva realidad asume incluso una mayor dimensión.

El cumplimiento de los principios de la contratación se erige como una máxima de actuación, siendo que la competencia, así como la publicidad y la buena fe son pilares máximos que adquieren nuevas proyecciones con el uso de la tecnología.

En ese contexto, debemos abordar la temática relativa a la disrupción tecnológica y su impacto en la contratación pública, en especial determinando cómo impacta la misma en la libre competencia.

IX.2.1. Instrumentos de contratación pública electrónica

La contratación pública electrónica conlleva el uso de medios electrónicos en la formación del acuerdo de voluntades entre la Administración Pública Estatal y el co-contratante.

Existen múltiples instrumentos de contratación pública electrónica que resultan relevantes, y ayudan a fortalecer el cumplimiento de los principios imperantes, tales como ser los de transparencia, publicidad y competencia.

Algunos de esos instrumentos, son:

IX.2.2. PORTAL ELECTRÓNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: PUBLICIDAD ELECTRÓNICA.

Resultan de especial trascendencia los Portales Electrónicos de Contratación Pública, los que consisten en sitios web a los que se puede acceder a efectos de obtener información sobre las contrataciones de la Administración Pública.

Lo esencial de dichos portales es que los mismos deben permitir el acceso a la población a información veraz y oficial, en forma libre y gratuita.

En efecto, para que la contratación pública sea abierta y competitiva, es necesario que todas las personas puedan conocer las convocatorias a los procedimientos de contratación, a efectos de encontrarse en posibilidad de presentarse y participar de los mismos.

Por otra parte, cabe señalar que la contratación pública implica el empleo de fondos públicos, es decir, dinero del pueblo y la sociedad toda, la que en definitiva tiene derecho a conocer cómo se efectúa su gestión y empleo.

En Uruguay, el Artículo 50 del TOCAF establece la obligatoriedad por parte de las Administraciones Públicas Estatales, de la publicación en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales, de:

- a) la convocatoria a todos los procedimientos competitivos correspondientes a contrataciones de obras, bienes y servicios, incluyendo la publicación del pliego de condiciones particulares, así como sus posteriores modificaciones o aclaraciones.
- b) el acto de adjudicación, declaración de desierta o de rechazo de ofertas, a todos sus procedimientos de contratación de monto superior al 20% (veinte por ciento) del límite de su procedimiento de compra directa, incluidos los realizados por mecanismos de excepción, así como las ampliaciones y los actos de reiteración de gastos observados por el Tribunal de Cuentas.
- c) la convocatoria a los procedimientos de contratación directa, excluidas las realizadas por casos de excepción, cuyo monto sea superior al 20% (veinte por ciento) del límite de su procedimiento de compra directa, y a los solos efectos de dar debida publicidad al acto.

Como surge de lo expuesto, es obligatoria la publicación de la convocatoria en todos los casos de los procedimientos competitivos, mientras que en las restantes situaciones indicadas se prevé la obligatoriedad únicamente cuando el monto de la contratación sea superior al 20% (veinte por ciento) del límite de su procedimiento de compra directa.

En cuanto a estas situaciones, cabe indicar en primer lugar que el monto a tener presente es el del tope de la contratación directa correspondiente a la Administración Pública Estatal de que se trate, es decir que si nos encontramos ante un Organismo con topes comunes, se deberá considerar el porcentaje en relación a ese valor, mientras que si se trata de un Organismo con topes ampliados, el monto es el de esa institución y no otra.

Cabe señalar que en Uruguay los montos tope de los procedimientos de adquisición se actualizan anualmente, ascendiendo el tope para la contratación directa en el año 2023 a aproximadamente U\$S 6.128 para los Organismos comunes¹⁸⁸, aproximadamente U\$S 22.974 para los Gobiernos Departamentales y aproximadamente U\$S 30.615 para Organismos que tienen los montos tope ampliados (Artículo 44 del TOCAF).

En consecuencia, debemos concluir que en los Organismos con topes comunes, es obligatoria la publicación de las contrataciones directas cuando supera la suma de U\$S 1.225 aproximadamente, al igual que las adjudicaciones que superan dicho tope.

Por otra parte, en los Organismos con topes ampliados la publicación referida es obligatoria cuando el monto supera la suma equivalente a U\$S 6.123 aproximadamente.

Se trata de montos sensiblemente de baja cuantía, lo que denota que el ordenamiento jurídico uruguayo en materia de contratación pública prioriza y fomenta la publicidad y la transparencia.

Cabe señalar que el portal de Compras y Contrataciones del Estado es gestionado por la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), y resulta de acceso libre y abierto.¹⁸⁹

La publicación en el portal de compras y contrataciones del Estado debe contener el Pliego de Condiciones Particulares que regirá el llamado, con la finalidad de que los proveedores conozcan las bases que rigen la contratación en particular.

Asimismo, se procura que la población toda conozca las previsiones que rigen los llamados y que en definitiva, consistirán en las cláusulas del contrato que en definitiva se celebre.

¹⁸⁸ Se tomó la cotización del dólar americano a \$ 39, correspondiente a abril de 2023. Los montos se encuentran expresados en pesos uruguayos en tabla confeccionada por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

¹⁸⁹ Disponible en <https://www.gub.uy/agencia-reguladora-compras-estatales/>

El portal de contrataciones debe contar también con las respuestas a las consultas que formulen los proveedores con anterioridad a la apertura de ofertas.

Resulta así destacable que Uruguay el portal electrónico de adquisiciones no sólo permite conocer las convocatorias a contratar con el Estado, sino que también brinda información sobre el resultado de los procedimientos de contratación, lo que permite la trazabilidad al respecto.

En España por su parte, existe la Plataforma de Contratación del Sector Público¹⁹⁰, de la que es responsable la Dirección General del Patrimonio del Estado, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que tiene delegada la gestión en la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica.

Dicha Plataforma constituye el principal medio de acceso a la actividad contractual del sector público. En el mismo se publica la información sobre convocatorias y resultados de licitaciones.

Asimismo, ofrece servicios que fomentan la contratación electrónica, oficiando de nexo para la comunicación entre las Administraciones Públicas y los proveedores que desean contratar con ellas. Respecto de qué información se puede encontrar en dicha Plataforma, en el sitio web respectivo se indica:

“Actualmente la Plataforma se está integrando con los sistemas similares de otras administraciones, y en particular de las Comunidades Autónomas. Progresivamente irá aumentando el ámbito de administraciones cuyas licitaciones se podrán consultar.

También se puede encontrar toda la documentación publicada en los perfiles del contratante que se publican en la misma (todo el Sector Público Estatal, y otros dos mil órganos dependientes de otras administraciones adheridos voluntariamente).

¹⁹⁰ A partir de la Ley 20/13 del año 2013 varió la Plataforma de Contratación del Estado, pasando a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público.

Se pueden descargar los pliegos publicados en los perfiles del contratante, así como cualquier otra documentación que el órgano de contratación ha decidido hacer público por su interés sobre el desarrollo del proceso de adjudicación.

Además, puede encontrar mucha otra información de interés para contratar con la administración: normativa, convenios, informes, etc.”¹⁹¹

IX.2.3. Registro Electrónico de Proveedores de la Administración Pública.

Ha sido tendencia en los últimos tiempos la creación de Registros Electrónicos de proveedores en la Administración Pública.

Ello requiere que los proveedores que tengan interés en contratar con el Estado brinden la información necesaria para que la Administración cuente con los datos y documentos pertinentes que permitan determinar que esa persona física y/o jurídica cumple los requisitos exigidos normativamente.

En **Uruguay** existe el **Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE)**¹⁹², el que es gestionado por la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), regulado por el Artículo 76 del TOCAF y por el Decreto No. 155/013.

El RUPE, es un Registro de carácter general pero no único (pese a su nomenclatura), y ello por cuanto el Artículo 76 del TOCAF prevé que cada Organismo Público estatal puede llevar su propio registro que coexista con RUPE.

De esta forma, los interesados en contratar con el Estado deben seguir los siguientes pasos, los cuales se realizan en forma gratuita:

- Inscribirse en el RUPE, siendo que las Administraciones Públicas Estatales no pueden contratar con proveedores no inscriptos en él, salvo las

¹⁹¹ **PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.** Consultada el 10 de marzo de 2013 en: <https://contrataciondelestado.es/wps/portal>

¹⁹² RUPE. Se puede ingresar al mismo en el siguiente enlace: <https://www.comprasestatales.gub.uy/rupe/clientes/publicos/LoginCliente.jsf?faces-redirect=true>

excepciones que la reglamentación establece al amparo de la norma legal referida. La inscripción resulta sencilla en tanto cada proveedor debe proporcionar su número de identificación tributaria, nombre y domicilio. Una vez que se inscribe de esta forma, el proveedor adquiere el estado: “EN INGRESO”.

- Posteriormente, de acuerdo a los requisitos exigidos para cada tipo de empresa, los proveedores deben digitalizar e incluir en el RUPE los documentos que se le solicitan.
- Una vez cargados los documentos, el interesado debe concurrir a un punto de atención para que los mismos se verifiquen por parte de un funcionario público que tenga asignado dicho rol, esto es, que se coteje que los recaudos que lucen en soporte digital en el RUPE son reproducción de los originales. Existen múltiples puntos de atención en el país ya que se encuentran en los Organismos Públicos del Estado.
- El próximo paso que debe efectuar un funcionario público es la validación de los documentos, lo que supone el análisis de los recaudos y la determinación del cumplimiento de las exigencias requeridas.
- Cuando se entiende que el proveedor ha incluido toda la documentación e información exigida, un funcionario público cambia el estatus del proveedor en RUPE, el que dejará de estar en estado de INGRESO para adquirir el estado “ACTIVO”.

El Artículo 76 del TOCAF prevé que, efectuada la apertura de las ofertas, el organismo contratante tiene a su cargo la validación y aprobación de la inscripción en el registro de aquellos interesados que se encuentren en el proceso de inscripción o actualización de información.

En el RUPE se puede acceder – entre otros - a los siguientes datos con su correspondiente documentación respaldante:

- Datos del proveedor (con exigencias diversas dependiendo del tipo de empresa de que se trate), sus directores y representantes. Cabe señalar que resulta inoponible a toda Administración Pública Estatal contratante la información sobre representantes y titulares no comunicadas al RUPE.
- Información de cumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales. Al efecto RUPE interopera con los Organismos competentes en la materia, lo que permite contar con información veraz y en tiempo real sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte de los proveedores.
- Sanciones impuestas al proveedor por las Administraciones Públicas Estatales una vez que se encuentren firmes, las que se considerarán como antecedentes para futuras contrataciones que se realicen. Dicha consideración deberá realizarse al momento de evaluación de las ofertas, debiendo tenerse en cuenta, entre otros aspectos, el tipo de sanción, así como el tiempo transcurrido desde su imposición, de acuerdo a la reglamentación.
- Los hechos que se consideren relevantes referidos a la ejecución de contratos que sean comunicados al RUPE por parte de las Administraciones Públicas Estatales.

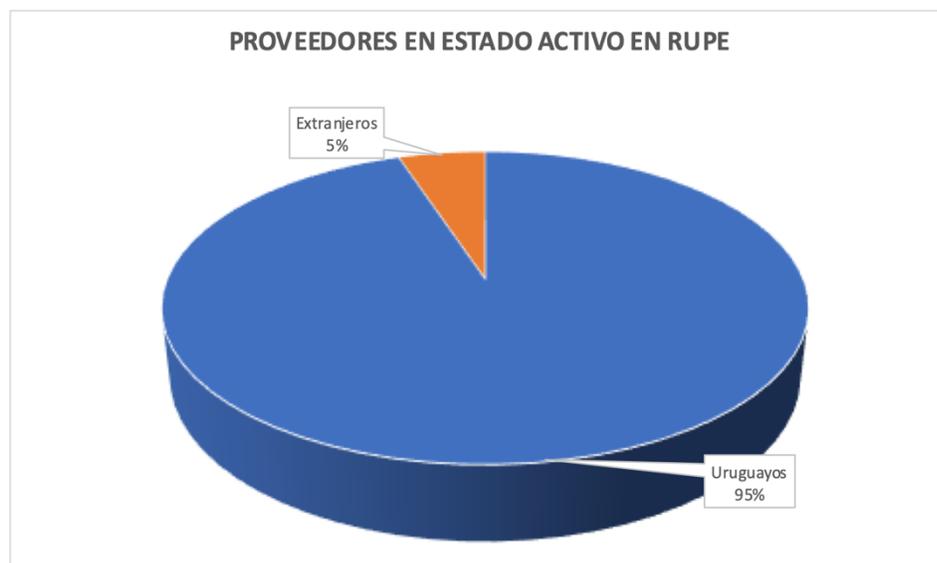
Cada proveedor tiene la obligación de mantener actualizada la información en el RUPE y tiene derecho a conocer la información que dicho registro tenga sobre el mismo, ya sea en forma directa o en forma electrónica en tiempo real, sin más trámite que su identificación.

El RUPE resulta esencial en la contratación pública uruguaya, ya que es un requisito para contratar con el Estado el estar inscripto en el mismo, sin encontrarse suspendido o eliminado. De esta forma, todos los Organismos estatales deben verificar la inscripción e información de los oferentes en RUPE en cada procedimiento de contratación, no pudiendo requerir de los proveedores información que surja del propio registro.

Al 20 de abril de 2023, se encontraban registrados en estado “activo”, es decir que completaron el proceso de inscripción y de incorporación de documentos, verificados y validados, un total de 46.526 proveedores, de acuerdo al siguiente detalle:

NACIONALIDAD	CANTIDAD DE PROVEEDORES ESTADO ACTIVO
Uruguayos	44.105
Extranjeros	2.421
TOTAL	46.526

Del total, el 95% de los proveedores activos son nacionales uruguayos, mientras que el 5% restantes son proveedores del extranjero, lo que se grafica a continuación:



El número de inscripción de gran cantidad de proveedores en un mercado que es pequeño, constituye una ventaja para el Estado uruguayo, que cuenta con información electrónica y en tiempo real de quienes tienen interés de contratar con la Administración Pública Estatal, lo que incluye sus sanciones como antecedentes a tener en cuenta.

Cabe señalar que al encontrarse los datos de titulares, directores y representantes del proveedor incluidos en RUPE, con tan sólo ingresar al sistema informático se accede tanto a la información como a los documentos acreditantes de la misma, lo que permite a los Organismos Públicos Estatales contar con los datos necesarios para evitar los conflictos de intereses.

Ejemplo de ello lo constituye un caso que se produjo en un Ente Autónomo del país, en el que se realizaron dos Licitaciones Públicas para la ejecución de obras de infraestructura en dos jardines de infantes. En dichos casos, dos personas que mantenían vínculos con el Organismo contratante eran el director y el representante de una sociedad comercial que presentó oferta en ambos procedimientos.

De la información proporcionada por RUPE se pudo constatar la existencia de los vínculos, tanto por parte del Organismo contratante, como por parte del órgano de control.

Resulta ilustrativo al respecto, el pronunciamiento del Tribunal de Cuentas, que por Resolución No. 690/19 de fecha 7 de marzo de 2019 avaló el proceder del Organismo al considerar inadmisibles las ofertas de la referida sociedad comercial, expresando:

*“**CONSIDERANDO 1)** que según surge de la información proporcionada por el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE), I. S.A. es persona jurídica vigente constituida por acta de regularización de sociedad de hecho ... de fecha 31/12/14, siendo el Administrador Representante exclusivo de la sociedad, el socio M.J.R.A., designado como tal por Asamblea Extraordinaria de Accionistas realizada el 1/6/18;*

2) que del mismo Registro surge que D.D.H.B. fue designado apoderado de la sociedad referida, por lo que se erige en representante de la misma;

3) que de acuerdo con lo que surge de RUPE, y según lo informado por la Administración actuante, pueden graficarse los vínculos de los profesionales referidos de la siguiente forma:

PROFESIONAL	VÍNCULO CON I. S.A.	VÍNCULO CON ANEP (Resoluciones del Consejo Directivo Central)
M.J.R.A.	Socio Administrador Representante	<ul style="list-style-type: none"> - Contratado por Resolución N° 34 (Acta N° 32) del 12/6/18 para proyecto arquitectónico en la Escuela N° 3 de Maldonado. - Realización de trabajos hasta julio de 2018. - Anteriormente contratado por Resolución N° 63 (Acta N° 43) del 25/7/17, para proyectos arquitectónicos de Liceo de Toledo.
D.D.H.B.	Representante	<ul style="list-style-type: none"> - Contratado por Resolución N° 61 (Acta N° 43) de 25/7/17, ampliada por Resolución N° 32 (Acta N° 32) de 12/6/18. - Realización de trabajos en proyectos arquitectónicos de Jardín N° 80 de Young y de Escuela Jardín de Gruta de Lourdes.

4) que el Artículo 3 del Pliego de Condiciones Particulares que rige en la especie, preceptúa que se entenderá que el oferente declara no encontrarse comprendido en ninguna disposición que expresamente le impida contratar con el Estado, conforme con el Artículo 46 del T.O.C.A.F. y demás normas concordantes y complementarias aplicables;

5) que I. S.A. presentó su propuesta, la que luce suscrita por M.J.R.A., y en tanto sus dos representantes (uno de ellos además, socio administrador) mantienen un vínculo con la Administración actuante, inhabilita a la empresa a contratar con la misma, de acuerdo con lo preceptuado por el Artículo 46 del TOCAF, por lo que se comparte el proceder del Organismo al considerar inadmisibile la propuesta presentada;”

De lo expuesto surge la trascendencia de la existencia del RUPE como registro electrónico de acceso a información veraz y actualizada, en tiempo real, lo cual aporta tanto a la gestión como al control, y permite contar con datos para detectar prácticas indebidas.

En **España** existe el **Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE)**.¹⁹³ El Artículo 159 de la LCSP al referir al Procedimiento Abierto Simplificado, establece:

“4. La tramitación del procedimiento se ajustará a las siguientes especialidades:

a) Todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del Artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia. A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas. La acreditación de esta circunstancia tendrá lugar mediante la aportación del acuse de recibo de la solicitud emitido por el correspondiente Registro y de una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y de no haber recibido requerimiento de subsanación.”

De esta forma, resulta preceptiva la inscripción de los proveedores en ROLECE si desean participar de procedimientos abiertos simplificados y simplificados abreviados.

¹⁹³ **ROLECE.** Puede ingresarse al mismo a través del siguiente enlace: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Patrimonio%20del%20Estado/Contratacion%20del%20Sector%20Publico/Paginas/ROLECE.aspx>

Dicho Registro es electrónico y gratuito, por lo que las solicitudes de inscripción así como la obtención de certificados se tramitan por vía telemática. Asimismo, las comunicaciones y notificaciones son remitidas por ROLECE mediante un enlace que se envía por correo electrónico a la dirección electrónica del proveedor.

En ROLECE cada interesado en estar inscripto debe:

- a) Efectuar la solicitud telemática, utilizando los formularios disponibles, los que deben estar suscritos con el certificado electrónico del interesado o su representante.
- b) Posteriormente, el interesado debe incorporar la documentación acreditante de la solicitud de inscripción.
- c) Proporcionar la documentación que requiere el ROLECE.

En ROLECE se puede acceder – entre otros - a los siguientes datos con su correspondiente documentación respaldante:

- Datos del proveedor (con exigencias diversas dependiendo del tipo de empresa de que se trate), sus directores y representantes. Debe surgir la documentación acreditante de su personalidad y capacidad de obrar, así como la inscripción en el Registro Mercantil o el que corresponda. Asimismo, debe surgir la documentación de los representantes.
- Información de cuentas anuales.
- Certificados electrónicos de inscripción en ROLECE.

Cabe destacar que si bien se permite que el proveedor cuente con el certificado electrónico de inscripción, el ROLECE puede ser consultado por los funcionarios públicos que desempeñan tareas en los órganos de contratación,

pudiendo obtener en forma telemática información actualizada a la fecha de la consulta.

Cada proveedor tiene la obligación de mantener actualizada la información en ROLECE y tiene derecho a conocer la información que dicho registro tenga sobre el mismo.

El ROLECE resulta importante en la contratación pública española ya que la inscripción tiene efectos en todo el territorio español, por lo que los licitantes pueden participar de los procedimientos pertinentes sin necesidad de realizar diversos registros.

IX.2.4. PRESENTACIÓN Y APERTURA ELECTRÓNICA DE OFERTAS.

La presentación y apertura electrónica de ofertas constituyen mecanismos que otorgan ventajas en la contratación.

En Uruguay, el Artículo 63 del TOCAF preceptúa que los oferentes deberán presentar sus ofertas en la forma que determine el Pliego de Condiciones Particulares. El inciso 5º de dicha disposición prevé: *“Las ofertas podrán presentarse personalmente contra recibo, en el lugar habilitado al efecto, o por correo, fax, en línea a través de los sitios web de compras estatales u otros medios remotos de comunicación electrónica según lo disponga el llamado, no siendo de recibo si no llegaren cumpliendo el plazo, lugar y medio establecido. En todos los casos será responsabilidad de la administración contratante el resguardo de las ofertas utilizando los procedimientos y tecnologías que aseguren la confidencialidad de la información de tal forma que sea inviolable hasta el momento fijado para su apertura.”*

Por otra parte, el Artículo 65 del TOCAF prevé que la apertura de ofertas podrá ser presencial o electrónica, a saber:

- Presencial: implica que se celebre un acto de carácter público, al que asistirán los funcionarios designados a tales efectos, con los representantes de los oferentes que deseen asistir y todo aquel que quiera presenciar dicha instancia. En el acto de apertura se labra un acta.
- Electrónica: se utiliza una plataforma electrónica que recibe, resguarda y abre las ofertas en forma automática, labrándose en el propio sistema un acta que se remite a la dirección electrónica de los oferentes.

La normativa dispone que la plataforma a través de la cual se efectuarán las aperturas electrónicas será administrada por la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE).¹⁹⁴

El Decreto No. 142/018 del 14/5/18 reglamenta la apertura electrónica, definiéndola en su Artículo 1º como *“una modalidad de gestión de los procedimientos de compras y contrataciones estatales que permite, a través de una plataforma electrónica, la presentación, recepción, apertura y acceso a las ofertas.”*

Prevé que todas las Administraciones Públicas Estatales pueden utilizar la modalidad de Apertura Electrónica en sus procedimientos de contratación, siendo obligatorio su uso para las adquisiciones por procedimientos competitivos en el Poder Ejecutivo y sus dependencias, salvo en los casos de procedimientos especiales (Artículo 37 del TOCAF). Asimismo, se exhorta al resto de las Administraciones Públicas Estatales a utilizar la presente modalidad de apertura en sus procedimientos competitivos.

En los casos en que se utiliza este instrumento, la Administración Pública Estatal contratante debe indicarlo expresamente en la invitación a cotizar, y en su caso, en el Pliego de Condiciones Particulares que rige el llamado.

¹⁹⁴ La actual redacción de la norma fue conferida por el Artículo 37 de la Ley No. 20.075 de 20 de octubre de 2022 y comenzó a regir el 1º de enero de 2023. En la norma anterior, se aceptaban Plataformas que cumplieran con la reglamentación. No obstante, como se indicó, la nueva normativa únicamente permite el uso de la Plataforma oficial administrada por ARCE.

En la plataforma electrónica gestionada por ARCE todo ocurre en vía electrónica, a saber: se presentan las ofertas y se efectúa la apertura en forma automática, remitiendo el acta respectiva por la plataforma electrónica a la dirección electrónica previamente registrada por cada oferente en el Registro Único de Proveedores del Estado.

Dicha acta de apertura permanecerá asimismo visible para todos los oferentes en la plataforma electrónica, siendo que a partir de la fecha y hora establecidas en el sistema para la apertura de las ofertas, éstas quedan accesibles para la Administración contratante y para el Tribunal de Cuentas, no pudiendo introducirse modificación alguna en las propuestas a partir de ese momento.

Asimismo, las ofertas quedan visibles para todos los oferentes, con excepción de aquella información que sea entregada en carácter confidencial, lo que asegura la máxima transparencia.

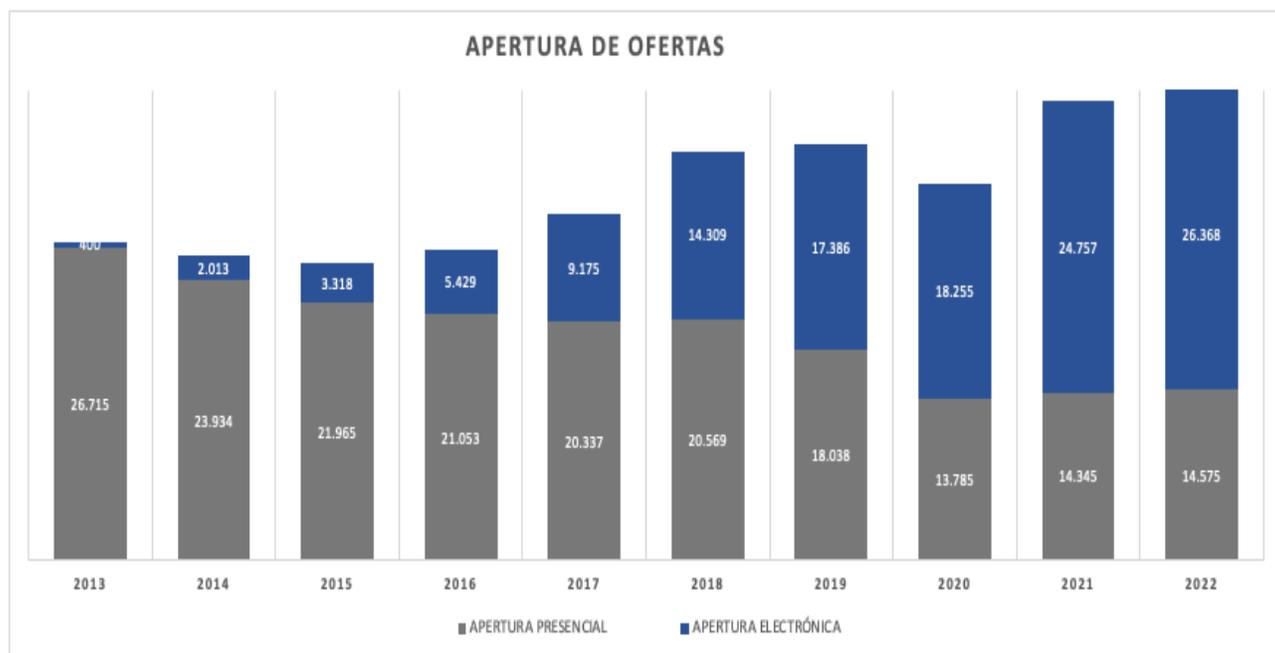
De acuerdo a los datos obtenidos del Observatorio de la Contratación Pública de Uruguay, podemos sistematizar los datos de utilización de la modalidad de apertura electrónica de la siguiente manera, de acuerdo a su implementación por cada año: ¹⁹⁵

APERTURA ELECTRÓNICA vs/ APERTURA PRESENCIAL

AÑO	TOTAL CONVOCATORIAS	APERTURA ELECTRÓNICA	APERTURA PRESENCIAL	PORCENTAJE APERTURA ELECTRÓNICA
2022	40.943	26.368	14.575	64,40
2021	39.102	24.757	14.345	63,31
2020	32.040	18.255	13.785	56,98
2019	35.424	17.386	18.038	49,08
2018	34.878	14.309	20.569	41,03
2017	29.512	9.175	20.337	31,09
2016	26.482	5.429	21.053	20,50
2015	25.283	3.318	21.965	13,12
2014	25.947	2.013	23.934	7,76
2013	27.115	400	26.715	1,48

¹⁹⁵ Las gráficas son propias y fueron realizadas con datos obtenidos del Observatorio de la Contratación Pública, gestionado por ARCE. Disponible en: <https://observatorio.arce.gub.uy/eportal/web/guest/apertura-electronica>

Ante estos datos, debemos concluir que la instrumentación de esta modalidad ha aumentado considerablemente año a año¹⁹⁶, siendo que la tendencia es la de continuar en ascenso en su implementación¹⁹⁷, lo que resulta palmario de acuerdo al gráfico que a continuación se indica:



Surge de lo expuesto que en Uruguay se ha fomentado el uso de la Apertura Electrónica, lo que implica también la presentación, recepción y resguardo de las ofertas en la misma modalidad, es decir, aplicando las nuevas tecnologías, lo que

¹⁹⁶ Cabe señalar el impacto que ha generado el dictado con fecha 14 de mayo de 2018 del Decreto No. 142/018 que regula la Apertura Electrónica en la actualidad, ya que el mismo introdujo modificaciones relevantes al sistema, como ser la obligatoriedad de su aplicación en el ámbito del Poder Ejecutivo y sus dependencias, produciendo un gran avance de su implementación. Con anterioridad, la reglamentación se encontraba contenida en el Decreto No. 275/013 de fecha 3 de setiembre de 2013.

¹⁹⁷ Es menester destacar que en lo que va del año 2023, considerando desde el 1º de enero al 1º de abril, aproximadamente en el 64% de la totalidad de las convocatorias a los procedimientos competitivos de contratación efectuados se utilizó la modalidad de Apertura Electrónica de ofertas, lo que ratifica la conclusión a la que se ha arribado respecto de la evolución en su instrumentación.

demuestra un gran avance en el trasiego de los mecanismos de contratación tradicional a los de contratación electrónica en el obrar del Estado.

En España, la LCSP incluyó en su Disposición Adicional Decimosexta previsiones sobre el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley.

Al respecto, establece que el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación pública se ajustará a las normas siguientes:

- ✓ Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos estarán disponibles de forma general, serán no discriminatorios y serán compatibles con los productos informáticos de uso general. En especial, se indica que los mismos no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.
- ✓ La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación.
- ✓ Tanto los programas como las aplicaciones que fueran necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación.
- ✓ Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable la integridad de los datos transmitidos y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener

acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Se prevé la existencia de seguridad de la información, pudiendo incluirse previsiones a nivel reglamentario.

- ✓ Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y, notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista deberán poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma.
- ✓ En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada. Se establece que las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, deberán cumplir con lo establecido a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma.
- ✓ Los licitadores o candidatos que presenten sus documentos de forma electrónica podrán presentar al órgano de contratación, en soporte físico electrónico, una copia de seguridad de dichos documentos de acuerdo con los términos fijados mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, y siempre de acuerdo con lo establecido a tal efecto por el órgano de contratación.
- ✓ Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de

contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos.

- ✓ Como requisito para la tramitación de procedimientos de adjudicación de contratos por medios electrónicos, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registro de Licitadores que corresponda de los datos necesarios. Cuando a la licitación se presenten empresarios extranjeros de un Estado Miembro de la Unión Europea o signatario del Espacio Económico Europeo, la acreditación de su capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar se podrá realizar bien mediante consulta en la correspondiente lista oficial de empresarios autorizados para contratar establecida por un Estado Miembro de la Unión Europea, o bien mediante la aportación de la documentación acreditativa de los citados extremos, que deberá presentar, en este último caso, en el plazo concedido para la presentación de la garantía definitiva.

Específicamente en cuanto a la presentación electrónica de ofertas, la doctrina ha sido crítica al analizar las disposiciones de la LCSP al transponer las previsiones de las Directivas de la Contratación Pública del año 2014.

A efectos del análisis del tema, debe tenerse presente lo dispuesto por el Artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE, norma que preceptúa:

*“Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y **en particular la presentación electrónica de ofertas**, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no*

discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.”

Como surge del texto, la Directiva establece la exigencia de los Estados Miembros de recibir la presentación de ofertas en formato electrónico. Es por ello que el análisis de la LCSP a la luz de lo dispuesto en la Directiva ha llevado a la doctrina a sostener que la normativa nacional española:

“no se ajusta realmente a las exigencias de la DCP, por cuanto en su Artículo 22 apartado 1º no establece como posibilidad a elección del órgano de contratación la presentación de ofertas electrónicas, sino que lo determina como una exigencia u obligación de los Estados Miembros que España ha incumplido claramente en su nueva LCSP.”¹⁹⁸

Al respecto, cabe señalar que los Artículos 156.3 y 164.1 de la LCSP prevén que los plazos previstos para la presentación de proposiciones puede reducirse en caso en que el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, en los términos que las disposiciones establecen.

IX.2.5. PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS.

Los diversos instrumentos electrónicos referidos precedentemente resultan preceptivos en algunos ordenamientos jurídicos (como ser la publicación electrónica en portales de contratación del Estado en algunos casos), mientras que en otras situaciones su aplicación es facultativa, pudiendo ser utilizados en los diferentes

198 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén. *“Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”*, publicado en *“Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 1933.*

procedimientos de contratación, siendo resorte de las Administraciones Públicas el implementarlos.

Por otra parte, todavía existen países en que algunos procedimientos tramitan 100% en la modalidad tradicional y en expediente de soporte papel, sin implementación de ninguna herramienta electrónica.

No obstante, la tendencia es a continuar implementando modalidades electrónicas que permitan obtener una tramitación completa del procedimiento de contratación e incluso del procedimiento de control externo de los gastos derivados de los mismos.

IX.2.6- MODALIDADES ELECTRÓNICAS Y CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Existe la tendencia a nivel de regímenes comparados, de utilizar mecanismos electrónicos y telemáticos para los procedimientos de control.

En Uruguay, el Tribunal de Cuentas es el órgano máximo de control de la Hacienda Pública, destacándose en especial el control de gastos y pagos, donde resulta fundamental el implementar mecanismos electrónicos. Al respecto, dicho Tribunal, dictó la Ordenanza No. 73 con fecha 23 de mayo de 1996, por la que reguló su intervención en los casos de utilización de expediente electrónico por parte de los Organismos controlados.

Al respecto, dispuso:

“1o. En los casos en que la intervención preventiva deba ser realizada directamente por este Tribunal, se le remitirá el expediente informático impreso, caratulado y foliado, que constará del dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones, informe contable y Resolución del Ordenador competente cuando corresponda; en cuanto a las invitaciones o publicaciones, ofertas, escritos y recursos, se presentarán los originales.

2o. En los casos en que la intervención preventiva corresponda a los Contadores Delegados, éstos deberán implementar mecanismos tendientes a verificar que se les haya sometido a su intervención todos los gastos y pagos que encuadran dentro de su competencia, así como la seguridad del sistema.”

Dicha Resolución fue complementada por la Resolución del Tribunal de Cuentas de fecha 23 de junio de 2004, por la que estableció que, a efectos de contar con las garantías necesarias, el expediente informático impreso, caratulado y foliado que se remita por parte de los Organismos controlados de acuerdo con la Ordenanza citada precedentemente, deberá ser autenticado mediante la firma autógrafa del Secretario General del Organismo remitente, o quien haga sus veces.

De esta forma, el régimen implica que el Organismo controlado que utilice expediente electrónico, al momento de remitir las actuaciones al Tribunal de Cuentas debe imprimir las actuaciones, con autenticación de las mismas. El contrasentido en este caso resulta evidente: se procura “despapelizar” utilizando las herramientas electrónicas, pero se debe plasmar en papel el expediente, para su control.

En los últimos años, el Tribunal de Cuentas procuró avanzar en la materia, habiendo incorporado el Expediente Electrónico a su propio obrar, comenzando en el año 2014 con el primer caso de interoperabilidad, mecanismo que permite que los Organismos controlados remitan vía telemática los expedientes para su control, el que les será devuelto con el pronunciamiento de control pertinente por la misma vía.

Al respecto, el Tribunal de Cuentas ha manifestado:

“El Tribunal de Cuentas dentro de sus objetivos estratégicos se propuso dar pasos firmes hacia el “cero papel”, procesando expedientes totalmente electrónicos”, con lo cual ha avanzado en la interoperabilidad, aplicando dicha modalidad con más de

15 Organismos Públicos e instando a los restantes a adherirse su instrumentación.

199

Sin perjuicio de ello, en los Organismos con los que no interoperara el Tribunal de Cuentas aún, se debe imprimir el expediente electrónico para su remisión para el control, de acuerdo a la Ordenanza No. 73 y concordantes.

Por otro lado, resulta de singular importancia la publicidad electrónica de los pronunciamientos de control, que brinda insumos a las Administraciones Públicas Estatales al indicar cuál es la forma correcta de proceder con apego a la legalidad y en especial, permite a la población conocer lo sucedido en el empleo de fondos públicos.

Ejemplo de ello lo constituye un caso referido en el presente trabajo de compra directa realizada por causal de excepción para la celebración de un convenio entre el Ministerio del Interior, un proveedor particular (sociedad anónima), y la Intendencia Departamental de Tacuarembó. El objeto de la contratación consistía en la adquisición de productos para el abastecimiento de los establecimientos carcelarios del interior del país.

El Tribunal de Cuentas observó el gasto derivado de dicho convenio, por Resolución de fecha 18 de marzo de 2016, por entender que el mismo contravenía la legalidad, expresando:

“CONSIDERANDO: 1) *que de acuerdo con lo establecido por el Artículo 33 del TOCAF, las contrataciones se realizarán mediante Licitación Pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto de acuerdo con lo que mejor se adecue al objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente;*

2) *que el inciso segundo, prescribe que, no obstante, podrá contratarse: C) Directamente o por el procedimiento que el Ordenador determine por*

¹⁹⁹ Pronunciamiento del Tribunal de Cuentas publicada en su sitio web institucional en el mes de marzo del año 2021. Consultado el 1º de mayo de 2022 en: <http://www.tcr.gub.uy/noticias.php?mes=3&anio=2021>

razones de buena administración, en los casos de excepción que se determinan en los numerales siguientes;

3) que no consta en las actuaciones, antecedentes que acrediten la realización de un procedimiento de Licitación Pública u otro procedimiento competitivo, así como tampoco, elementos que hagan encuadrar la contratación remitida, en alguna de las causales de excepción previstas en la normativa citada;”

De acuerdo a lo que surge de las actuaciones, un proveedor particular ajeno a la contratación directa celebrada en el caso concreto, manifestó haber tomado conocimiento de lo ocurrido en ocasión de acceder al sitio web del Tribunal de Cuentas, detectando el dictamen adoptado por dicho Organismo Estatal, mediante el cual se observó el convenio a suscribir.

En mérito a tomar conocimiento por la publicidad electrónica, recurrió el acto administrativo y ante la denegatoria, promovió proceso contencioso administrativo de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), órgano de control de legalidad de los actos administrativos.

Finalmente, el TCA por Sentencia No. 666/18 anuló el acto administrativo de adjudicación de la contratación directa al entender que *“la compareciente, en su calidad de proveedora del Estado de productos que podrían considerarse incluidos dentro de la compra directa cuestionada, es titular de un interés calificado que se vio afectado por la resolución impugnada, al no instituirse un procedimiento competitivo de adquisición que le hubiese permitido postularse válidamente como oferente.”*

Como puede verse, la publicidad electrónica de los pronunciamientos de control en la contratación brinda elementos tanto a los proveedores, como a la sociedad toda para ejercer el control social necesario en un Estado de Derecho.²⁰⁰

²⁰⁰ Cabe destacar que en ciertos casos de contrataciones directas que no cuentan con norma habilitante, los proveedores que no han sido convocados han accionado judicialmente por responsabilidad estatal. En este sentido se analizan casos en: **PINTO NERÓN, Ximena**. “Nulidad de

Como vemos, el empleo de instrumentos electrónicos permite – entre otras cosas - que los proveedores cuenten con los documentos de la licitación en formato electrónico, con acceso directo y en tiempo real. En ese sentido, los Pliegos de Condiciones Particulares, así como sus modificaciones, enmiendas e incluso las aclaraciones al llamado deben estar publicadas en el Portal Web de Compras y Contrataciones, lo que lleva a contar con información en forma igualitaria, sin prerrogativas para ningún proveedor, fortaleciendo el control popular.

Por otra parte, el empleo de Registros de Proveedores también fomenta la igualdad de trato y el control, en tanto se solicita a todos los mismos datos, dependiendo del tipo de empresa de que se trate.

En definitiva, la propia publicidad electrónica, el fomento de la transparencia e incluso la promoción de la competencia redundan en el cumplimiento del principio de igualdad de trato imperante en la materia, lo que constituye una nueva demostración de que los principios se aplican en forma armónica en el ordenamiento jurídico y operan a favor del control.

los actos administrativos en los procedimientos de contratación del Estado”, publicado en “Actualidad y perspectivas en el Derecho Público”, AAVV, Patriitti, Marcelo y Pérez Novaro, César (Coord.), Ed. FCU, 1ª Edición, Noviembre de 2021, Montevideo – Uruguay, Págs. 713 y siguientes.

IX.3.- PRÁCTICAS PROHIBIDAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las prácticas prohibidas en general son clasificadas de diversas formas por los diferentes autores.

Así, se habla de prácticas horizontales o verticales, individuales o concertadas, explotativas o exclusorias, absolutas o relativas, etc., interrelacionándose los diversos criterios de clasificación a efectos de analizar teóricamente la configuración de las mismas.

Una de las clasificaciones referidas atiende al número de agentes que participan en la conducta, por lo que divide a las prácticas en:

- Individuales: las realiza un único agente.
- Colectivas: es una práctica pluripersonal, en la que participan dos o más personas físicas y/o jurídicas.

Considerando dicha clasificación, analizaremos las prácticas que ocurren en las contrataciones públicas, en el siguiente sentido:

IX.3.1) PRÁCTICAS INDIVIDUALES

- a) Confección de diversas ofertas en los casos de presentación de la más conveniente para el proponente, mediante especulación de la cantidad de ofertas presentadas.***

En los procedimientos competitivos resulta trascendente el respeto del plazo límite para la presentación de ofertas.

Ha ocurrido en varias oportunidades, que quienes van a presentar sus

propuestas, confeccionan más de una, con distintas especificaciones y precios cotizados, esperando para efectuar su entrega al momento final, a efectos de analizar la cantidad de posibles proponentes, especulando con dicha circunstancia con la finalidad de determinar qué oferta se presentará.

Algunas de esas prácticas han sido advertidas por los Organismos actuantes. Un ejemplo de este tipo de prácticas se produjo en el transcurso de la Licitación Pública No. VII/08 convocada por el Servicio Descentralizado denominado Administración Nacional de Puertos (ANV) en Uruguay, cuyo objeto era la explotación de áreas para almacenamiento de contenedores en el Puerto de Montevideo.

El TC, por Resolución de fecha 17 de junio de 2009, analizó la siguiente situación:

- un oferente (Montecón S.A.) previo a la apertura de ofertas y luego de haber presentado sus sobres (conteniendo la oferta y sus respectivas copias), solicitó retirar de uno de sus sobres, indicando que era una carpeta conteniendo documentación agregada por error. La funcionaria pública (Escribana actuante) no permitió dicho retiro, manifestando que cuando se abrieran los sobres presentados se consideraría la solicitud; en oportunidad de abrirse los sobres del oferente, se constató que refería a una carpeta similar al original y copias presentadas. En dicho acto se señaló que la oferta contenía todas las formalidades requeridas y había sido cotejada y controlada por el resto de los participantes.
- Otro de los oferentes (Talfir S.A.) manifestó que dicha carpeta forma parte de la oferta y solicitado el acceso a la misma, no le fue permitido; expresó que el retiro por Montecón S.A. de esa carpeta fue posterior al acto formal y material de la presentación de su oferta y la de los demás oferentes que participaron del acto de apertura.
- Montecón S.A. manifestó que la carpeta no debía ser considerada como parte de la oferta por haberse así manifestado en el acto inmediato a la entrega y antes que comenzara la apertura de las

propuestas, requiriendo que se identificara claramente la pieza, manteniéndose reservada por contener información de la empresa.

- Posteriormente, Montecón S.A. presentó nota solicitando el inmediato desglose y entrega de la carpeta por no formar parte de su oferta y por tanto, entendió que no debe exhibirse a terceros para evitarle perjuicios. Señaló que su oferta fue presentada en original firmado por su representante estatutario y los apoderados especiales designados a esos efectos, debidamente foliada e inicialada en todas sus fojas, incluyéndose por involuntario error, una carpeta similar a las que contienen la oferta propiamente dicha, pero sin todas las firmas y formalidades requeridas por el Pliego, constituyendo un mero borrador de trabajo, anterior a la verdadera y única oferta presentada, careciendo de todo valor representativo de su propuesta y conteniendo información reservada comercialmente, que no debe ser considerada ni mostrada a terceros, cuyo retiro fue solicitado en el mismo acto de presentación de ofertas.
- En consecuencia, la Administración actuante consideró inadmisibles las ofertas presentadas por Montecón S.A.

El TC, en su pronunciamiento, avaló el obrar de la Administración actuante, expresando:

*“**CONSIDERANDO: 2)** que con relación a la petición presentada por Montecón S.A. para el retiro de un sobre involuntariamente incluido en la oferta, tanto en el acto de apertura (donde sus representantes adujeron que contenía información reservada) como posteriormente (cuando expresaron que se trataba de un mero borrador de trabajo)..., se comparte la actuación de la Administración, en cuanto ... las ofertas podrán presentarse personalmente o por correo, telex, fax u otros medios similares, no siendo de recibo si no llegaren a la hora dispuesta para la apertura del acto y que abierto éste, no podrá introducirse modificación alguna en las propuestas, pudiendo no obstante los presentes formular las manifestaciones, aclaraciones o salvedades que deseen;*

3) que se comparte el criterio de la Administración para descalificar la oferta formulada por Montecón S.A. y su petición... por vulnerar el

Artículo 25.2 in fine del P.C.P., en tanto sólo una oferta podía ser presentada por cada oferente. Al respecto Montecón S.A., aún cuando esgrimió tratarse de una equivocación, presentó dos cotizaciones de canon diferentes, acompañadas de estudios de factibilidad diversos que contemplan ambos valores ofertados, con los requisitos formales exigidos y firmadas por el mismo representante legal;

4) que tal como ha señalado la doctrina nacional, la “teoría de los actos propios”, sustentada en los principios de buena fe, lealtad y seguridad jurídica, implica que se otorgue trascendencia a una serie de actos u omisiones que – por la forma de su manifestación o por su apariencia – han dado justo motivo a que otros sujetos adapten a ellos su propia situación. En la especie la presentación de dos cotizaciones configuró un suceso que no es pasible de ser esgrimido en favor de Montecón S.A., siendo que no puede fundarse en su propia culpa, negligencia o impericia, habiéndose tratado de un obrar contrario a los principios de buena fe y de igualdad de los oferentes...”

Por otra parte, el TC comparte otros aspectos esgrimidos por la Administración, señalando que existe vinculación entre la empresa referida anteriormente y otro oferente, dado que “se desprende la existencia de elementos comunes en relación a los estudios de factibilidad presentados”.

De esta forma, en mérito a las circunstancias expuestas y otras en relación a otros oferentes, el TC expresa:

“CONSIDERANDO 11) ... en función de lo dispuesto por el Artículo 2 de la Ley N° 18.159 (Ley de Promoción y Defensa de la Competencia), que prohíbe todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante, el accionar de Montecón S.A. y Nelsury S.A. implican, como lo ha señalado la Administración, una conducta tendiente a distorsionar la competencia con los restantes oferentes, con deslealtad y en claro perjuicio de la Administración;”

Debemos notar que el TC como máximo órgano de contralor de la hacienda pública, sustenta la configuración de prácticas anticompetitivas y vincula tal

circunstancia a la normativa de promoción y defensa de la competencia, así como a los principios de la contratación pública.

Cabe destacar que no en toda presentación de más de una propuesta se producen situaciones de este tipo, pero en los casos en que ocurren, lo que existirá será dificultad de prueba, debiendo la Administración recurrir a prueba indirecta.

b) Obtención de información privilegiada.

Una práctica individual anticompetitiva consiste en la obtención de información privilegiada en forma indebida por parte de los proveedores.

En este aspecto, la Administración contratante debe ser especialmente cuidadosa en el manejo de la información, tutelando en forma ponderada el principio de transparencia pero en consonancia con la debida reserva de aquellos datos que hacen a los aspectos comerciales, técnicos y de cualquier otra índole cuyo conocimiento por algunos y no por todos pudiera generar una ventaja competitiva a favor de unos proveedores en detrimento de otros.

Los servidores públicos deben ser conscientes en especial de este aspecto, por lo que particularmente en la etapa preparatoria de los procedimientos de contratación se debe prestar la máxima atención.

IX.3.2) PRÁCTICAS CONCERTADAS: EL PACTO COLUSORIO

Los pactos colusorios consisten en acuerdos o concertaciones de carácter ilícito que afectan el libre desenvolvimiento del mercado.

El término colusión proviene del latín “*collusio, -ōnis*”, y se define como el “*pacto ilícito en daño de tercero.*”²⁰¹ Este tipo de acuerdos implica la realización de maniobras artificiales, y tiene por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

El ámbito de la contratación pública es vulnerable a que se produzcan pactos colusorios entre oferentes, donde adquieren el nombre en inglés de “*Bid rigging.*”²⁰²

IX.3.2.1) REGULACIÓN NORMATIVA

La regulación normativa es diversa, dependiendo del país. De esta forma, advertimos las siguientes disposiciones:

- ESPAÑA

El **Artículo 1º de la Ley No. 15/2007** del año 2007, bajo el acápite “*Conductas colusorias*” dispone:

“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 parte del mercado nacional...”

Por su parte, la **Disposición Adicional Cuarta** en su Numeral 2, establece:

“A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en

²⁰¹ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [10 de abril de 2023]

²⁰² Dicho término puede definirse como “manipulación de licitaciones.”

*relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, **incluidas las colusiones en licitaciones**, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.”*

- URUGUAY

El **Artículo 4 Bis de la Ley No. 18.159** del año 2007 (luego de la modificación introducida por Ley No. 19.833 del año 2019), dispone:

“(Prácticas expresamente prohibidas).- Las prácticas, conductas o recomendaciones concertadas entre competidores que se enumeran a continuación, se declaran expresamente prohibidas:

4) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.”

- BRASIL

El **Artículo 36 de la Ley No. 12.529** del año 2011 preceptúa:

“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

3º) As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;”

Dicha disposición puede traducirse de la siguiente forma:²⁰³

²⁰³ La traducción es propia de la autora del presente trabajo.

"Constituyen una infracción del orden económico, con independencia de la culpa, actos en cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aunque no se consigan:

3º) Las siguientes conductas, además de otras, en la medida en que constituyan una hipótesis prevista en el apartado de este Artículo y sus incisos, caracterizan una infracción del orden económico:

I - Aceptar, combinar, manipular o ajustar con el competidor, en cualquier forma:

d) precios, condiciones, ventajas o abstención en la licitación pública;

II - promover, obtener o influir en la adopción de una conducta comercial uniforme o concertada entre competidores;"

- ARGENTINA

El Artículo 2 de la Ley No. 27.442 del año 2018, dispone:

"Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere:

d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.

Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno."

- PARAGUAY

El Artículo 8 de la Ley No 4.956 del año 2013, bajo el acápite "Acuerdos restrictivos de la competencia", establece:

"Se prohíbe todo acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela, independientemente de que sean escritos o verbales, formales o informales que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, las que

consistan en las siguientes conductas, entre otras, siempre que las mismas configuren algunas de las hipótesis precedentemente señaladas:

f) Licitaciones colusorias;”

El término “Licitaciones Colusorias” fue objeto de reglamentación. En ese sentido, el **Decreto No. 1.490 en su Artículo 6** dispone:

“La licitación colusoria es una modalidad de restricción horizontal a la competencia que puede manifestarse a través de un acuerdo, decisión, práctica concertada o conscientemente paralela entre competidores para coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Con la finalidad de determinar la existencia de una licitación colusoria, la CONACOM tomará en cuenta, entre otras consideraciones:

- a) La frecuencia de los procesos de licitación o concurso.*
- b) las restricciones a la competencia que pudieren existir en las bases y condiciones de las contrataciones.*
- e) el comportamiento de los precios ofertados.*
- d) los indicios de coordinación en la documentación presentada en las licitaciones o concursos.*
- e) el comportamiento de los postores durante la fase de ejecución de los contratos adjudicados.”*

IX.3.2.2) MODALIDADES DEL PACTO COLUSORIO

El pacto colusorio se puede producir tanto antes como durante el procedimiento de contratación, pero también puede darse durante la ejecución del contrato.

De esta forma, el pacto puede adoptar diversas modalidades, siendo que más de una de ellas se pueden configurar al unísono. Algunas de estas modalidades son:

A) MODALIDADES TRADICIONALES

- Presentación de propuestas “en las sombras”, de resguardo, de cortesía o simbólicas.

Se trata de que, ante la concertación previa, los proveedores que no desean salir gananciosos en un procedimiento de contratación pública por cumplir el pacto colusorio, presentan sus propuestas igualmente a efectos de brindar un ropaje de competencia, cuando no la hay.

De esta forma, los proveedores simulan la existencia de competencia, dando la apariencia de puja. No obstante, las propuestas de quienes no desean resultar adjudicatarios son ofertas mentirosas. Se les ha llamado también “ofertas de cobertura” (conocido por el término en inglés: *coverbidding*).

En efecto, estas ofertas que se han llamado de cortesía o simbólicas que por mi parte denomino “mentirosas” no son reales, sino que suponen efectuar una propuesta con alguna previsión que las hará inadmisibles, inconvenientes, o sencillamente no las hará acreedoras de una buena puntuación cuando se apliquen los criterios de selección previstos en las bases del llamado.

Así, algunas de las modalidades que pueden darse en una oferta simbólica, de cortesía o mentirosa, son las siguientes:

- Inclusión de cláusula que haga que la oferta sea considerada inadmisibile. Por ejemplo, se cotiza un objeto con alguna característica diversa a la requerida o se contraviene alguna disposición exigida como requisito sustancial en las bases del llamado.

- Cotización de precios excesivos o al menos más elevados que del o los otros potenciales contendientes.
- Inclusión de elementos que las hagan acreedoras de menos puntaje al evaluar las ofertas. Por ejemplo, si se puntúa la experiencia, se presentan menos cantidad de antecedentes a considerar.

Así, el pacto se conforma con el acuerdo entre potenciales oferentes o licitantes, a efectos de presentar propuestas con precios y condiciones previamente concertadas, simulando existir competencia o pugna entre los mismos en el ámbito del procedimiento de que se trate.

Se establece de antemano quién presentará la propuesta más adecuada y conveniente, procurando resultar adjudicatario, pero se simula competencia mediante una teatralización que se efectúa a través de la presentación de ofertas en las sombras, de cortesía o mentirosas.

- Retiro de propuestas ya presentadas en procedimientos de contratación.

La hipótesis que se indica refiere a que, una vez presentadas las propuestas, se produce su retiro por parte de uno o varios proveedores, con el fin de no competir. Esto es denominado “supresión de ofertas” (conocido por su término en inglés: *bidsuppression*).

En estos casos generalmente se invocan ante la Administración por parte de los agentes de dicho obrar, determinadas circunstancias para conferir un velo de legitimidad a tal proceder (por ejemplo, se manifiesta la imposibilidad de efectuar la prestación por condiciones del mercado o por situaciones especiales que pasa la empresa).

No queremos decir que todo pedido de retiro de propuestas obedezca a un pacto colusorio ni mucho menos, pero sí debemos tener presente que el retiro de propuestas injustificado constituye un indicio, por lo que es menester que la Administración busque la verdad material, a efectos de determinar qué sucedió.

Una hipótesis que puede darse consiste en que, con las ofertas ya vistas por todos los competidores luego de su apertura, se genera el pacto colusorio. En este caso, uno de los agentes que tiene interés de resultar ganador puede dar un estímulo económico o de otra naturaleza a quien ha cotizado las mejores condiciones para la Administración, de manera de ganar ambos.

En efecto, en esa situación, el proveedor que brinda el estímulo se beneficia de eliminar al competidor con las consecuencias que ello genera, mientras que el que lo recibe es acreedor de dinero u otro beneficio sin tener que brindar una contraprestación para la Administración.

Es por todo ello que la Administración debe establecer pautas claras en cuanto al plazo de mantenimiento de las ofertas, y exigir las garantías correspondientes o ejercer las acciones pertinentes que desestimulen este tipo de obrar que siempre es en perjuicio del Estado.

- Reparto de mercado.

En esta modalidad de la colusión denominada reparto o asignación de mercado (conocido por el término en inglés: *marketallocation*), implica que las empresas presentan ofertas en ciertos procedimientos, absteniéndose de presentarse en otros, repartiéndose el mercado o bien, adjudicándose zonas geográficas.

En múltiples ocasiones el reparto de mercado contempla la cercanía geográfica que tiene el proveedor, con la finalidad de reducir costos operativos.

Muchas veces el reparto de mercado opera respecto de determinados productos o servicios, donde uno o varios competidores se abstienen de comercializarlos o de ingresarlos al mercado.

- Rotación del adjudicatario.

En este caso se realiza un acuerdo por el cual las firmas que operan en el mismo ramo, convienen que rote el ganador de los procedimientos de contratación pública (conocido por el término en inglés: *bidrotation*).

De esta forma, rotan al adjudicatario en los procedimientos de un mismo Organismo Público, o de otros. Esa alternancia permite que se genere un “win-win” (ganar-ganar), pues los proveedores se aseguran ser gananciosos en ciertos procedimientos, excluyendo a la competencia.

Existen diversos tipos de rotación, tales como:

- Rotación simple: Se produce cuando la rotación se determina considerando la cantidad de convocatorias a procedimientos de contratación del Estado, procurando otorgar igual cantidad a cada integrante del pacto colusorio.
- Rotación por ingreso o por montos dinerarios: La rotación se determina tomando en cuenta las sumas de dinero o ingresos que genera cada procedimiento de contratación. En este caso, puede variar la cantidad de procedimientos en los que resulta ganancioso cada integrante del pacto, pues lo determinante es el ingreso que la contratación genera.

Las modalidades referidas pueden darse en la práctica en forma cruzada o interrelacionarse, como surge de casos ocurridos tanto en los países objeto de estudio como en otros.

B) MERCADOS O SECTORES PROPENSOS A LA COLUSIÓN

Existen mercados o sectores propensos a la colusión. Esto es advertido en la “*Guía sobre Contratación Pública y Competencia*” realizada por la extinta

Comisión Nacional de la Competencia (actualmente CNMC), que indica que la colusión tiende a ser más factible cuando:

- *“El mercado puede considerarse estable, porque, por ejemplo, existen barreras de entrada que dificultan o impiden la entrada de nuevos competidores, y no parece probable que se produzcan modificaciones importantes de las condiciones de demanda, o innovaciones tecnológicas significativas en el producto en cuestión. Todo ello propicia no sólo la realización de acuerdos sino también la posibilidad de extender su duración a lo largo de mayores períodos de tiempo.*
- *El producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, lo que facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado.*
- *Los productos o servicios objeto de la contratación pública no cuentan con sustitutivos cercanos, de manera que los órganos contratantes pueden tener pocas alternativas cuando los licitadores alcanzan un acuerdo.*
- *Existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas participantes en el mercado que pueden facilitar la coordinación y el seguimiento del comportamiento de todas ellas.”* ²⁰⁴

Del relevamiento de casos efectuado, surge a nivel internacional existen sectores o mercados donde se reitera la actuación de las autoridades de competencia por presuntas prácticas anticompetitivas, en especial, referidas a colusión. Ejemplo de ello lo constituyen:

▪ **OBRA PÚBLICA – CONSTRUCCIÓN.**

Si analizamos los casos de colusión, advertiremos que en gran cantidad se trata de situaciones vinculadas con la construcción en la obra pública.

Ejemplo de ello lo constituye el caso ocurrido en Brasil denominado “Lava Jato” (significa “Lavado a Presión”, “Lavado de Autos” o “Lavado de Carros”), donde

²⁰⁴ **CNM (hoy CNMC).** “Guía sobre Contratación Pública y Competencia” realizada en el año 2011, Pág. 31.

las empresas constructoras sobornaban a funcionarios públicos mediante el pago de “coimas”, coludían y se repartían el mercado en las contrataciones públicas. Se encontraron involucradas empresas como Odebrecht y OAS, entre otras.

El comienzo de la operación “Lava Jato” se produjo en marzo de 2014, y se destacó en tanto el instituto de la clemencia o delación compensada fue aplicado en varias instancias.

El esquema de corrupción se producía en forma masiva e incluía a la empresa estatal petrolera brasileña PETROBRAS. Participaban de dicho esquema las principales empresas constructoras de Brasil que eran los corruptores, conjuntamente con los corrompidos que eran los altos ejecutivos de PETROBRAS, involucrándose también al sector político.

Asimismo, existían intermediarios que oficiaban de nexo entre corruptores y corrompidos, de manera que la maniobra se producía mediante el pago de sobornos o coimas de las constructoras a los ejecutivos y políticos, a cambio de adjudicaciones de licitaciones de PETROBRAS.

Los montos licitados eran cuantiosos y se encontraban “inflados”, lo cual era abonado por PETROBRAS mediante fondos públicos, por lo que en definitiva los contribuyentes terminaban siendo el eslabón débil de la cadena y los principales perjudicados.

Esta situación también se dio en otros países latinoamericanos, como por ejemplo en Perú, siendo que el “Lava Jato” fue denominado por la BBC de Londres como el mayor caso de corrupción en América Latina.²⁰⁵

En España, la CNMC multó con 203,6 millones de Euros a 6 de las principales constructoras del país al comprobarse que alteraron durante más de 25 años la competencia en las licitaciones de construcción e infraestructuras.

²⁰⁵ Sitio web de la BBC consultado el 20 de mayo de 2023: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56519211>

Según surge de la información proporcionada por la CNMC, el modus operandi era el siguiente:

- ✓ *“Desde 1992, el Grupo se reunía semanalmente para analizar las licitaciones de obra pública que se habían publicado en diferentes plataformas de contratación del Estado.*
- ✓ *En las reuniones, las empresas decidían los concursos en que iban a compartir - entre todas o en un subgrupo- una parte o la totalidad de los trabajos que compondrían las ofertas técnicas de las licitaciones. Los trabajos se encargaban conjuntamente por los miembros del Grupo a empresas externas.*
- ✓ *Las empresas no podían modificar los trabajos generados en conjunto para presentarlos en sus ofertas sin el conocimiento y la aprobación del resto de miembros del grupo. La única personalización admitida era la inclusión de logos y denominaciones de cada empresa en el documento conjunto para dar a las administraciones una apariencia de independencia en la presentación de las ofertas. Las empresas desarrollaron unas complejas normas de funcionamiento que fueron evolucionando durante el tiempo que duró la conducta.*
- ✓ *Además, en los encuentros semanales, las empresas intercambiaban información comercial sensible (diferente de la necesaria para compartir los trabajos), por ejemplo, su intención de concurrir o no a licitaciones, o la intención de formar UTEs (Unión Temporal de Empresas) y los miembros que las integrarían.*
- ✓ *En el caso de los contratos de edificación y obra civil de infraestructuras de interés general (hospitales, carreteras, aeropuertos, etc.) durante el periodo investigado la oferta técnica era en muchas ocasiones la variable competitiva con mayor importancia. Esta llegaba a alcanzar el 70% de la puntuación del concurso, frente al 30% correspondiente a la puntuación económica.*
- ✓ *Los acuerdos colusorios sancionados han derivado en **una menor variedad y calidad de las ofertas técnicas** presentadas por las empresas a la Administración contratante.*
- ✓ *Las conductas también produjeron **efectos sobre las empresas competidoras**, que concurren a los contratos públicos en **desventaja competitiva** frente a las empresas del Grupo, ya que tuvieron que acometer un mayor coste para la preparación de las proposiciones técnicas. Además, al no disponer de la misma información estratégica que las empresas del Grupo, **se alteraron los términos de competencia leal entre todos los oferentes.***

- ✓ *Ha de tenerse en cuenta el efecto agregado que tuvieron sobre la competencia las prácticas colusorias, debido **al gran número de obras en las que hubo trabajos compartidos** entre empresas del Grupo, **el elevado importe que entrañaron dichas obras y la prolongada duración en el tiempo de las prácticas.**"²⁰⁶*

De esta forma, la CNMC entendió que las conductas llevadas a cabo constituyen una infracción muy grave a las disposiciones de la LCSP y al Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que dispuso sanciones por un total de 203,6 millones de Euros, distribuidos de la siguiente forma:

- Acciona Construcción, S.A.: 29,4 millones
- Dragados, S.A.: 57,1 millones
- FCC Construcción, S.A.: 40,4 millones
- Ferrovial Construcción, S.A.: 38,5 millones
- Obrascón Huarte Lain, S.A.: 21,5 millones
- Sacyr Construcción, S.A.: 16,7 millones

Si analizamos casos de colusión en otros países, notaremos que lo referido a construcción y obra pública adquiere una importancia singular pues la casuística es vasta al respecto.

▪ **COMPRA DE OXÍGENO LÍQUIDO PARA HOSPITALES.**

La adquisición de oxígeno líquido medicinal es un insumo de especial trascendencia. Estudiada su compra a través de mecanismos de contratación

²⁰⁶ **CNMC.** Publicación en sitio web consultada el 10 de marzo de 2023: <https://www.cnmc.es/prensa/sancionador-obra-civil-20220707>

pública, surge que en muchos países las empresas que lo proveen han sido acusadas de formar parte de pactos colusorios al existir connivencia empresarial.

De esta forma, tanto en países sudamericanos (por ejemplo Argentina y Perú), como en países europeos las mismas empresas han participado de prácticas, que en algunos países se han detectado como conductas prohibidas por ser contrarias a la libre competencia, y en otros no.

Los casos de cartel en el mercado del oxígeno líquido demuestran que existen patrones que pueden repetirse fundamentalmente a nivel regional, siendo que un antídoto contra ello puede ser el adecuado conocimiento de dichas prácticas y la coordinación de esfuerzos entre las autoridades de competencia de cada país.

Los mercados o sectores indicados precedentemente (obra pública y compra de oxígeno líquido) constituyen ejemplos de mercados en los que se han detectado prácticas indebidas en gran cantidad de países, por lo que la experiencia internacional constituye un insumo a ser capitalizado por las Administraciones Públicas de los diversos Estados.

C) INDICADORES O INDICIOS DE POSIBLE COLUSIÓN

Resulta trascendente saber que existen indicios o indicadores de posible colusión. En efecto, existen aspectos que deben ser considerados en toda contratación pública, de manera de estar alerta ante la configuración de ciertos aspectos.

Al respecto, la *“Guía sobre Contratación Pública y Competencia”* realizada por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (actualmente CNMC), expresa

que los indicadores a tener en cuenta, que ameritan la adopción de medidas para detectar si se produjo colusión, son las siguientes: ²⁰⁷

▪ ***“Indicadores a tener en cuenta en la presentación y en la adjudicación de las ofertas:***

- *El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.*
- *Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características ante otros organismos de adjudicación.*
- *Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras. Es posible que estas empresas obtengan a cambio de la presentación de posturas encubiertas algún tipo de compensación por parte de la empresa adjudicataria.*
- *Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podrían haberlo hecho de manera individual.*
- *Presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas o de un mismo grupo. Si bien esta situación puede estar permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.*
- *La empresa que presenta la mejor oferta ante un órgano adjudicador es frecuentemente la misma, lo que probablemente sea debido a un acuerdo colusorio previo de reparto de mercado.*
- *Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presentan en varias.*
- *Los licitadores parecen turnarse a lo largo del tiempo en la presentación de la oferta ganadora.*
- *La empresa adjudicataria de la licitación repetidamente subcontrata la realización de parte del contrato con otras que no resultaron ganadoras del concurso o subasta correspondientes.*

▪ ***Indicadores relacionados con los precios***

²⁰⁷ CNM (hoy CNMC). “Guía sobre Contratación Pública y Competencia” realizada en el año 2011, Págs. 38 – 40.

Los precios presentados en una licitación también pueden ser indicativos de la existencia de acuerdos colusorios, sobre todo cuando reflejan aumentos respecto a licitaciones similares anteriores no justificados por un incremento de costes, o cuando algunos de los precios ofertados son muy superiores al de la oferta ganadora, un indicio típico de postura encubierta “ de respaldo” antes mencionada.

En general, conviene examinar con atención los patrones de oferta de precios que presentan alguna o varias de las siguientes características:

- *Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores no justificados por incrementos de costes.*
- *Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticos y/o poco realistas.*
- *Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores o ante entidades privadas.*
- *Ofertas de precios más altos ante los órganos de contratación radicados en determinado territorio por empresas residentes en el mismo que las presentadas por esas mismas empresas ante otros órganos de contratación.*
- *Reducciones significativas en los precios ofertados tras la aparición de un nuevo oferente en las licitaciones pueden revelar la existencia previa de un acuerdo entre competidores.*
- *Subidas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas sin aumentos de costes o cualquier otra justificación aparente.*
- *Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación. Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo.*

▪ ***Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas:***

Aunque estos indicadores se centran en el análisis de los precios, también es posible detectar un acuerdo prestando atención a otras características del contrato que condicionen su adjudicación, tales como plazos de ejecución idénticos, modificaciones

coordinadas de características ofertadas previamente, similitud en las características técnicas de las ofertas, etc.

En muchas ocasiones la detección de comportamientos colusorios no requiere la utilización de técnicas complejas. Determinadas consultas o comentarios que de forma informal realicen las propias empresas licitadoras a los órganos adjudicatarios, o la presencia de características inusuales en las propuestas, pueden ofrecer indicios de posible colusión entre empresas competidoras a tener en cuenta por dichos órganos.

▪ **Características inusuales de las propuestas y en su presentación, por ejemplo:**

- *Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.*
- *La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.*
- *Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.*
- *Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo, número de fax, o dirección de email.*

▪ **Declaraciones de los oferentes:**

- *Referencias habladas o escritas sobre la posible existencia de un acuerdo.*
- *Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación.*
- *Preguntas o inquietudes sobre las posibles consecuencias de la existencia de acuerdo.*
- *Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.*

▪ **Otros comportamientos sospechosos:**

- *Una empresa adquiere las bases para sí y para algún competidor, o bien presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.*
- *Una empresa presenta una propuesta que no tendría capacidad de ejecutar.*

- *Únicamente una empresa ha buscado la información relevante de costes y precios para presentar una oferta, por ejemplo contactando con los proveedores de los componentes, cuando al proceso de licitación han acudido varias.”*

Estos aspectos resultan de gran trascendencia, por lo que, todo aquel que se desempeñe en el ámbito de la contratación pública debe conocer los indicios o indicadores para estar en condiciones de detectar prácticas indebidas.

D) OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR

En la contratación pública se pueden dar ciertas especies del pacto colusorio, por lo que debemos analizar determinadas figuras que por sí solas no indican la existencia de un acuerdo ilícito que contravenga la competencia, pero que puede ser base para una práctica anticompetitiva, a saber:

- **SUBCONTRATACIÓN.**

En algunos procedimientos de contratación del Estado, se permite la subcontratación. No obstante, no es posible permitir que dicha vinculación entre empresas vulnere las normas y principios imperantes en la materia, afectando la libre competencia.

Debe evitarse especialmente, que un proveedor se valga de los antecedentes de otro para poder participar en el procedimiento cuando aquéllos son exigencias sustanciales del cocontrante mismo, pero también debe contemplarse la necesidad de evitar que el proveedor que resulte ganador en un procedimiento de contratación subcontrate posteriormente con los perdedores, mediante una maniobra que falsee la competencia.

Para clarificar lo señalado, resulta interesante considerar lo ocurrido en un

procedimiento de Licitación Pública Internacional en Uruguay, convocado por la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP), cuyo objeto era la construcción de trabajos de reparación de tanques atmosféricos de almacenamiento en la refinería de La Teja.

En dicho caso, el Pliego de Condiciones Particulares estableció los requisitos a ser exigidos a los oferentes para la admisibilidad de la propuesta, indicando que en caso de presentarse subcontratistas, también debían aportarse los datos de estos últimos al respecto. Un oferente no cumplía con los antecedentes requeridos en las bases del llamado, razón por la cual la Administración actuante consideró los antecedentes de la subcontratista, siendo que además esta última presentó aparte una propuesta como oferente en el procedimiento licitatorio.

El Tribunal de Cuentas observó el gasto dispuesto mediante Resolución No. 2228/18 de fecha 27 de junio de 2018, por haberse producido las siguientes circunstancias:

- El instituto de la subcontratación no puede ser utilizado para soslayar el estricto cumplimiento de los requisitos que se exigen en un procedimiento al oferente, siendo que, de no tener la capacidad requerida, es posible que las firmas se presenten en Consorcio conformado o con intención de consorciarse, extremo que no ocurrió en la especie.

- Las propuestas de las dos empresas contienen similitudes en su formulación, siendo que la primera además de presentarse por sí en calidad de oferente, se presentó como subcontratista de la segunda. Asimismo, existe similitud en los argumentos sustentados en ocasión de presentar sus respectivas peticiones en oportunidad de haberse conferido vista previa de las actuaciones.

En definitiva, el Tribunal de Cuentas entendió que resultaban de aplicación las disposiciones de la Ley N° 18.159 (Ley de Promoción y Defensa de la Competencia), que establecen como práctica prohibida el coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados, conducta que refiere a la existencia de un pacto colusorio, por lo que además de observar el gasto, se puso en conocimiento a la Comisión de Promoción y Defensa de la

Competencia de los obrados llevados a cabo, en su carácter de órgano de aplicación de la normativa sobre libre competencia.

El fenómeno de la subcontratación no es de por sí anticompetitivo. No obstante, desde la etapa preparatoria de los procedimientos, las Administraciones Públicas Estatales deberán considerar su alcance y sus efectos, así como las posibles prácticas indebidas que podrían producirse a su amparo, debiéndose procurar evitar que las mismas se configuren.

Mientras en Uruguay la subcontratación se rige por las normas de la contratación en general previstas en el Código Civil, en España, la LCSP ha regulado la subcontratación específicamente en los Artículos 215, 216, 217, 319 y en la Disposición Adicional Quincuagésimo Primera, introduciendo cambios significativos a la regulación anterior.

En este sentido, se debe considerar – entre otros – los siguientes aspectos:

- Con carácter general se elimina la posibilidad de establecer en los pliegos por parte de la Administración contratante la prohibición de subcontratar, que era considerada en la regulación anterior una facultad de la misma. Al respecto, existieron múltiples pronunciamientos del TACRC durante la vigencia de la normativa anterior.
- Se deben establecer – en caso de existir – cuáles son las tareas críticas que únicamente puede realizar el contratista y que por tanto, no pueden ser objeto de subcontratación.
- Es necesario que se comunique en tiempo y forma la subcontratación, debiéndose aportar ciertos datos, con la carga por parte del contratista principal de mantenerlos actualizados.

A efectos de tutelar la competencia, resulta trascendente que el instituto de la subcontratación no se utilice para falsear la competencia, por lo que la Administración debe ser especialmente cuidadosa en la etapa de ejecución de los

contratos públicos, procurando que este instituto no forme parte de un manejo de prevendas o de dinero en forma indebida.

▪ **INTERLOCKING.**

El Interlocking refiere a la existencia de vínculos que entrelazan a empresas competidoras, en tanto comparten a personas que se desempeñan en puestos relevantes o de toma de decisiones. La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia en Uruguay lo ha definido como:

*“el vínculo existente entre dos empresas competidoras, producido cuando éstas comparten, de forma directa o indirecta, personas con cargos ejecutivos relevantes o en su directorio”.*²⁰⁸

Este fenómeno se ha advertido en gran cantidad de casos, siendo que la Comisión referida ha advertido los alcances que puede tener su configuración, expresando:

“Que al compartir personas en cargos ejecutivos relevantes, en los hechos podrían no ser competidoras, al constituir partes integrantes de un mismo grupo económico.

Que, sin embargo, al presentarse por separado en los mismos procesos de compra pública, con precios distintos, en los hechos se encuentran compitiendo.

*Que las razones que pueden llevar a una persona física o un grupo de personas a valerse de la figura del interlocking obedece al aumento de posibilidades que se lograría para obtener una adjudicación, ya sea con una u otra empresa.”*²⁰⁹

Surge así claramente que el Interlocking puede erigirse en un mecanismo colusorio para distorsionar la competencia en detrimento del Estado, en tanto éste se ve expuesto a condiciones menos favorables en la contratación, así como es

²⁰⁸ **COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA.** Resoluciones Nos. 137/019 y 129/021, entre otras. Obtenidas con fecha 10 de marzo de 2023 en <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/defensa-de-la-competencia>

²⁰⁹ **COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA.** Resolución No. 129/021. Obtenida en <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/defensa-de-la-competencia>

susceptible que se acceda a bienes, servicios y obras de menor calidad y mayor precio.

En gran cantidad de casos, la Comisión referida precedentemente ha recomendado a las Administraciones Públicas Estatales a considerar el fenómeno del Interlocking en la etapa preparatoria. En ese sentido, se ha sugerido que *“al momento de la confección de las bases de contratación y los pliegos de los distintos procesos de compra se incluyan cláusulas que busquen desincentivar hipótesis de interlocking, excluyendo o penalizando a las empresas que incurran en dicha práctica, práctica utilizada habitualmente como instrumento o vehículo para las colusiones entre competidores.”*²¹⁰

- **CESIÓN DEL CONTRATO.**

La cesión del contrato en ejecución del contrato debe ser considerada especialmente por las Administraciones Públicas. De acuerdo a la doctrina, la misma consiste en:

*“la transmisión de todos los deberes y derechos que se hayan surgido tras la adjudicación del contrato y la perfección del mismo entre el cedente y el cesionario, ocupando este último la posición jurídica contractual del primero (produciéndose una subrogación en el contrato, con lo que el cedente concluye su participación en el mismo), relación jurídica en la que la Administración debe prestar su consentimiento para que la misma produzca los efectos pactados entre cedente y cesionario”*²¹¹

La cesión se encuentra regulada en los países objeto de estudio, de la siguiente manera:

²¹⁰ **COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA.** Resolución No. 129/021. Obtenida en <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/defensa-de-la-competencia>

²¹¹ **PUNZÓN MORALED A, Jesús.** *“Cesión y subcontratación”*, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Págs. 1123 – 1124.

	NORMA
URUGUAY	<p align="center">Artículo 75 TOCAF</p> <p><i>“Celebrado el contrato o encontrándose en ejecución sólo podrá aceptarse su cesión a otra firma a solicitud fundada del adjudicatario y siempre que la Administración pública contratante lo consienta en forma escrita previa demostración de que el nuevo adjudicatario reúne o da las mismas seguridades de cumplimiento, registrándose el hecho en el Registro Único de Proveedores del Estado.</i></p> <p><i>Lo dispuesto en el inciso precedente no inhibe a la Administración contratante de establecer en los pliegos la no aceptación de cesiones de contrato.</i></p> <p><i>Si se diera el caso de adjudicatarios que, por haber cedido su contrato en más de una oportunidad, hicieran presumir habitualidad en el procedimiento, se tomará en cuenta esa circunstancia a efectos de futuras contrataciones.</i></p> <p><i>En todos los casos el cesionario deberá probar que tiene capacidad para contratar con el Estado y que reúne los requisitos exigidos por esta u otras leyes para contratar con el mismo.”</i></p>
ESPAÑA	<p align="center">Artículo 214 LCSP</p> <p><i>“1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista ... la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.</i></p> <p><i>A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido ... no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.</i></p> <p><i>Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente Artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.</i></p> <p><i>2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos:</i></p>

	<p>a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.</p> <p>b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.</p> <p>No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.</p> <p>c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.</p> <p>d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.</p> <p>3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.”</p>
--	--

Surge de la transcripción de las normas que el instituto referido es regulado en los ordenamientos jurídicos uruguayo y español de manera diversa, pero existen puntos de contacto. En efecto, comparando ambas regulaciones debemos concluir que:

- Mientras en el ordenamiento jurídico español el pliego debe permitir expresamente a priori la cesión, en el derecho uruguayo opera de

principio, siendo facultad de la Administración establecer en los pliegos que no operará la cesión.

- En ambas regulaciones normativas, la Administración debe autorizar previamente la cesión para que opere.
- Asimismo, tanto en Uruguay como en España se requiere que el cesionario sea un sujeto de derecho que cuente con capacidad para contratar.

En la cesión se debe evitar que un proveedor se presente a formular su propuesta con la finalidad de resultar ganador y ante dicha circunstancia, traspasar la ejecución a otro proveedor, mediante un concierto previo.

Este aspecto puede darse en etapa de ejecución de contrato, por lo que ya desde el inicio de los procedimientos, la Administración debe advertir el riesgo de que se produzcan situaciones como la referida.

Surge de todo lo expuesto que este tipo de fenómenos deben ser considerados desde el inicio, siendo que la Administración debe actuar con carácter preventivo y disuasivo de conductas que impliquen maniobras artificiales que culminen en un pacto colusorio, el que siempre termina en perjudicar al Estado, y en definitiva, a la población.

▪ **UNIONES DE EMPRESARIOS O CONSORCIOS**

En diversas ocasiones, la prestación de tareas en la contratación pública por parte de proveedores del sector privado requiere que se configuren mecanismos de colaboración empresarial.

De esta forma, se conforman uniones de carácter temporal entre empresas, para la contratación pública.

En Uruguay esta modalidad se configura bajo el nombre de “consorcios”, mientras que en el España se denomina “uniones de empresarios”, figura tradicionalmente estatuida como uniones temporales de empresas (conocidas por la sigla “UTE”).

No obstante, las Administraciones Públicas deben prestar especial atención a este tipo de uniones, de manera de estar en condiciones de determinar cuándo son legítimas, siendo necesario también que se cuente con los elementos para detectar los casos en que las mismas se conforman como parte de un pacto colusorio.

Es por ello que resulta trascendente conocer la regulación normativa de este tipo de uniones en los países objeto de análisis, a saber:

➤ **URUGUAY**

En Uruguay, la normativa que rige a los Consorcios se encuentra comprendida en los Artículos 501 a 509 de la Ley No. 16.060 (Ley de Sociedades Comerciales).

El Artículo 501 de dicha Ley, preceptúa:

“(Concepto). El consorcio se constituirá mediante contrato entre dos o más personas, físicas o jurídicas, por el cual se vincularán temporariamente para la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de ciertos bienes.

El consorcio no estará destinado a obtener y distribuir ganancias entre los partícipes sino a regular las actividades de cada uno de ellos.

No tendrá personalidad jurídica. Cada integrante deberá desarrollar la actividad en las condiciones que se prevean, respondiendo personalmente frente al tercero por las obligaciones que contraiga en relación con la parte de la obra, servicios o suministros a su cargo, sin solidaridad, salvo pacto en contrario.”

En virtud de lo establecido en la norma transcrita y tal como señala la doctrina, en el ordenamiento jurídico uruguayo la figura del consorcio no es un ente con personalidad jurídica diferenciada, sino que constituye una:

*“especial organización jurídico – económica dotada de mecanismos propios”*²¹²

Dichos mecanismos, siguiendo a la doctrina citada, están destinados a asegurar los siguientes aspectos:

- La representación unificada de los consorciados para la celebración de un contrato con un tercero, por el cual se obligarán con éste a la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de ciertos bienes.
- La coordinación de las prestaciones que cada uno de ellos se comprometa a efectuar como consecuencia de dicho contrato.

De la estructura que la normativa le brinda al consorcio, debemos concluir que la vinculación que surgirá entre los otorgantes del mismo merecerá el calificativo de temporaria, por cuanto su existencia se encontrará supeditada a la realización de las operaciones que dieron lugar a su formación. Tal como señala el Profesor **Eugenio XAVIER DE MELLO**:

*“el límite cronológico de dicha vinculación estaría dado únicamente por la finalización de la o las operaciones que se propone realizar en relación al tercero cada uno de los consorciados en forma coordinada con los demás integrantes del consorcio.”*²¹³

²¹² **XAVIER DE MELLO, Eugenio**. “De los grupos de interés económico y de los consorcios”, publicado en “Análisis Exegético de la Ley 16.060”, AAVV, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Junio de 1993, Pág. 285.

²¹³ **XAVIER DE MELLO, Eugenio**. “De los grupos de interés económico y de los consorcios”, publicado en “Análisis Exegético de la Ley 16.060”, AAVV, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Junio de 1993, Pág. 287.

En la contratación pública resulta habitual advertir que la Administración incluye en los Pliegos de Condiciones Particulares la previsión de la presentación de empresas consorciadas. A esos efectos en general se requiere acreditar al ofertar que existe un acuerdo que manifieste la intención de consorciarse y una vez que se resulte adjudicatario, se debe formalizar el consorcio, el cual debe instrumentarse por escrito e inscribirse en el Registro Público de Comercio.

El Artículo 502 de la Ley No. 16.060 establece que el documento escrito por el que se instrumente el consorcio deberá contener los siguientes elementos:

- Lugar y fecha del otorgamiento e individualización de los otorgantes.
- Su denominación, con el aditamento "Consortio".
- Su objeto, duración y domicilio.
- La determinación de la participación de cada contratante en el negocio a celebrar o los criterios para determinarla, así como de sus obligaciones específicas y responsabilidades.
- Normas sobre administración, representación de sus integrantes y control del consorcio y de aquellos, en relación con el objeto del contrato.
- Forma de deliberación sobre los asuntos de interés común, estableciéndose el número de votos que corresponda a cada partícipe.
- Condiciones de admisión de nuevos integrantes, causas de exclusión o alejamiento de partícipes y normas para la cesión de las participaciones de los miembros del consorcio.
- Contribución de cada integrante para los gastos comunes, si existieran.
- Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de los miembros.

Dado que el consorcio no tendrá personalidad jurídica propia, debemos concluir que constituye un requisito básico que en la contratación pública, cada uno de los integrantes del consorcio, o bien los sujetos que se presentan a ofertar con

intención de consorciarse, acrediten tener capacidad y habilidad para contratar con el Estado.

A modo ilustrativo, debemos indicar un caso ocurrido al respecto y refiere a la Licitación Pública No. 25/2019 convocada por el Servicio Descentralizado denominado Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), cuyo objeto era la prestación del servicio de limpieza con hasta 4.450 horas mensuales y mantenimiento de áreas verdes con hasta 50 horas mensuales.

El TC, por Resolución No. 928/2020 de fecha 29 de abril de 2020, además de observar el gasto por contravenciones a la legalidad, dispuso oficiar a la CPDC a efectos de que tomara conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas relacionadas con un presunto pacto colusorio.

En el caso, de las ocho ofertas presentadas al llamado, tres habían sido formuladas por el mismo Consorcio (A&M 2002 Limitada, Jordan SRL y Perfil S.A.), presentándose individualmente con una única garantía de mantenimiento de la oferta.

Asimismo, **el monto ofertado en las tres ofertas era idéntico**. De esta forma, el TC entendió que existía una posible contravención a la normativa que prohíbe el pacto colusorio vinculada con la actuación de empresas consorciadas y remite comunicación a la CPDC como órgano de aplicación en materia de competencia.

➤ **ESPAÑA**

En España, el Artículo 69 de la LCSP regula la figura de las “uniones de empresarios”, las que son las tradiciones “UTE”, esto es, uniones temporales de empresas de la Ley No. 18/1982 de 26 de mayo de 1982. La Ley No. 18/1982 referida preceptúa:

“Uno. Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.

Dos. La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia.”

De esta forma, surge que se trata de un mecanismo de colaboración empresarial sin personalidad jurídica, que puede ser utilizada tanto en el sector privado, como en el sector público.

En relación a la contratación pública, el Artículo 69 de la LCSP dispone:

“1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

2. Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la presente ley.

3. Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

4. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente, al menos, con la del contrato hasta su extinción.

5. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de

la Unión Europea o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

6. A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurran agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el apartado 4 del presente artículo.

7. Los empresarios que estén interesados en formar las uniones a las que se refiere el presente artículo, podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, que especificará esta circunstancia. Si ya estuvieran inscritos en el citado Registro únicamente deberán comunicarle a este, en la forma que se establezca reglamentariamente, su interés en el sentido indicado.

8. Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar.

Las operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna o algunas empresas integradas en una unión temporal no impedirán la continuación de esta en el procedimiento de adjudicación. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén

incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

9. Una vez formalizado el contrato con una unión temporal de empresas, se observarán las siguientes reglas:

a) Cuando la modificación de la composición de la unión temporal suponga el aumento del número de empresas, la disminución del mismo, o la sustitución de una o varias por otra u otras, se necesitará la autorización previa y expresa del órgano de contratación, debiendo haberse ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. En todo caso será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración de la unión temporal las empresas que la integren tengan plena capacidad de obrar y no estén incursas en prohibición de contratar.

b) Cuando tenga lugar respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la unión temporal operaciones de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

c) Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.

10. La información pública de los contratos adjudicados a estas uniones incluirá los nombres de las empresas participantes y la participación porcentual de cada una de ellas en la Unión Temporal de Empresas, sin perjuicio de la publicación en el Registro Especial de Uniones Temporales de Empresas.

La “UTE” se debe instrumentar en Escritura Pública, lo que podrá efectuarse una vez que resulte adjudicataria y resulta necesaria su inscripción en el Registro Especial de Uniones Temporales de Empresas del Ministerio de Hacienda y Función Pública, tal como lo requiere el Artículo 3 de la Ley 18/1892.

Por su parte, el Artículo 69.7 de la LCSP prevé su inscripción en el Registro Oficial de Licitadoras y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE).

Como surge de la normativa analizada, la “UTE” es lícita, siempre que se de cumplimiento a las previsiones legales.

No obstante, el propio Artículo 69 de la LCSP pone especial acento a las alteraciones que la futura UTE pueda tener luego de presentada la oferta pero antes de la formalización del contrato, lo cual regula en el Numeral 8 de la norma, ya transcripto.

Asimismo, en el Numeral 9 de dicha norma se establecen las modificaciones que una vez celebrado el contrato pudieran producirse, lo cual ha sido considerado como positivo por la doctrina en tanto se regulan aspectos que se producían en la práctica, respecto de las cuales no existía una doctrina y jurisprudencia unívoca.²¹⁴

Lo que resulta de gran trascendencia en el ámbito de nuestro objeto de estudio, es la referencia que el Artículo 69.2 de la LCSP realiza a la posibilidad de que se entienda que el instituto de la “UTE” se utilice como práctica colusoria.

En dichos casos, cuando la mesa o el órgano de contratación estimase que existen indicios fundados de colusión, lo trasladará a la CNMC, o a la autoridad de competencia autonómica, en su caso, para la instrumentación de un procedimiento sumarísimo que se encuentra previsto en el Artículo 150.1 de la LCSP.

²¹⁴ En este sentido: **MAGIDE HERRERO, Mariano y SABIOTE ORTIZ, Ana María.** “*Uniones de Empresarios*”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Págs. 1257 y sgtes.

IX.4.- TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN. TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO Y CONFIDENCIALIDAD COMO EXCEPCIÓN.

IX.4.1. Regulación normativa.

Como hemos analizado oportunamente, los principios de publicidad y transparencia son ejes rectores en el sistema de compras públicas y ello opera a favor de la libre competencia.

De esta forma, la regla es que la información en poder de la Administración Pública Estatal es pública. No obstante, existen otros aspectos que merecen ser protegidos y por eso surgen como excepciones a la regla general, las hipótesis de información secreta, reservada y confidencial.²¹⁵

En especial, nos referiremos a la confidencialidad, que en el Derecho de la Unión Europea adquiere gran relevancia. Las Directivas europeas 2014/24/UE y 2014/25/UE refieren a la confidencialidad en los siguientes términos:

- **Artículo 21 Directiva 2014/24/UE:** *“1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.”*
- **Artículo 39 Directiva 2014/24/UE:** *“...la entidad adjudicadora no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado*

²¹⁵ En este sentido: **SENA, Sonia.** “La Ley No. 18.834 y su incidencia en la Ley de Acceso a la Información Pública”, en el libro “Renovación de la Contratación Pública”, AAVV, DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Agosto de 2013, Págs. 407 – 414.

como confidencial, incluidos, entre otros, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.”

Estas disposiciones han llevado a la doctrina a sostener que:

*“En definitiva, las Directivas sobre contratación pública establecen un importante límite a la transparencia que es la confidencialidad. Esta se centra en los datos empresariales, que no pueden ser conocidos en determinados casos por los competidores, a fin de asegurar la innovación y la competencia”*²¹⁶

Por otra parte, en el derecho interno de **España** se ha recogido la confidencialidad en diversas disposiciones, destacándose el Artículo 133 de la LCSP, norma que establece:

*“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones **cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia**, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.*

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los

²¹⁶ **RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María.** “Los principios generales de la contratación pública”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018, Pág. 218.

plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.”

Surge con claridad que la normativa prevé la aplicación de la confidencialidad, a efectos de promover la competencia y fomentar la innovación, pero ella no puede erigirse en un mecanismo que promueva el oscurantismo en el obrar administrativo, por lo que sus límites deben respetarse en forma estricta.

En **Uruguay** rigen las disposiciones de la Ley No. 18.381 del 17 de octubre de 2008, denominada “Ley de Acceso a la Información Pública”, que en su Artículo 10 dispone:

“(Información confidencial).- Se considera información confidencial:

I) Aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que:

A) Refiera al patrimonio de la persona.

B) Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor.

C) Esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad.

II) Los datos personales que requieran previo consentimiento informado.²¹⁷

²¹⁷ En cuanto a los datos personales, cabe señalar que en Uruguay rige la Ley No. 18.331 del 11 de agosto de 2008, llamada comúnmente “Ley de Hábeas Data”.

Tendrán el mismo carácter los documentos o secciones de documentos que contengan estos datos.”

Por otra parte, existen normas específicas en materia de contratación pública. Al respecto, el Artículo 65 del TOCAF preceptúa²¹⁸:

*“En el contenido de las ofertas se considerarán informaciones confidenciales, siempre que sean entregadas en ese carácter (Artículo 10 de la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008) y **que no sean requeridas para la evaluación de las ofertas**, la información de clientes, la que puede ser objeto de propiedad intelectual, y aquellas de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezcan los pliegos únicos o, en su caso, el pliego particular. No se consideran confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta.”*

Cabe destacar que esta última norma fue modificada recientemente²¹⁹ incluyéndose en la nueva disposición la referencia a que las informaciones serán consideradas confidenciales siempre *“que no sean requeridas para la evaluación de las ofertas.”*

Ello obedeció a la necesidad de lograr el adecuado equilibrio en la tutela de derechos, por cuanto por un lado se encuentra la necesidad de proteger la confidencialidad de la información de que se trata, pero por otro lado rigen en plenitud los principios de igualdad de los oferentes, transparencia y publicidad, los que requieren que los competidores puedan conocer cómo se efectuó la aplicación de los criterios de selección del co-contratante.

²¹⁸ **Fuente:** Artículo 37 de la Ley No. 20.075 del 20/10/22, que sustituyó el Artículo 504 de la Ley N° 15.903 de 10 de noviembre de 1987, en la redacción dada por el Artículo 33 de la Ley N° 19.996 de 3 de noviembre de 2021.

²¹⁹ El nuevo texto conferido por el Artículo 37 de la Ley No. 20.075 comenzó a regir el 1° de enero de 2023.

Es por ello que en el régimen imperante en el Uruguay desde el 1º de enero de 2023, la información requerirá la clasificación de confidencial cuando se den los extremos previstos en la normativa a tales efectos, pero nunca lo será si esa información es exigida para la evaluación de las ofertas, en una justa armonización de los principios en juego.

En el mismo sentido, nunca podrán ser considerados confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados, así como las condiciones generales de la oferta.

Los Pliegos Únicos o de Condiciones Generales que rigen para una categoría de contratos y son elaborados por el Poder Ejecutivo, han intentado sistematizar las disposiciones imperantes en la materia, en procura de otorgar mayor claridad. Al respecto, se destacan las siguientes previsiones:

- **Pliego Único de Suministros y Servicios No Personales, aprobado por Decreto No. 131/014. Artículo 12.2: Confidencialidad.** *“El oferente podrá declarar con carácter confidencial, especificándolo debidamente, la siguiente información:*
 - a) la relativa a sus clientes;*
 - b) la que puede ser objeto de propiedad intelectual;*
 - c) la que refiera al patrimonio del oferente;*
 - d) la que comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos al oferente, que pudiera ser útil para un competidor;*
 - e) la que esté amparada en una cláusula contractual de confidencialidad;*
 - f) y aquella de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezca el Pliego Particular.*

La información declarada en tal carácter deberá presentarse en forma separada del resto de la oferta, en sobre o en archivo digital. En todos los casos deberá identificarse como "Información Confidencial".

El oferente que presente información confidencial deberá presentar en la oferta un "resumen no confidencial" de dicha información, que sea breve y conciso (Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010).

No se considerarán confidenciales los precios, las descripciones de bienes y servicios ofertados, ni las condiciones generales de la oferta.”

- **Pliego Único de Obra Pública, aprobado por Decreto No. 257/015. Artículo 13.2: Confidencialidad.** *“El oferente podrá declarar con carácter confidencial, especificándolo debidamente, la siguiente información:*
 - a) la relativa a sus clientes;*
 - b) la que puede ser objeto de propiedad intelectual;*
 - c) la que refiera al patrimonio del oferente;*
 - d) la que comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos al oferente, que pudiera ser útil para un competidor;*
 - e) la que esté amparada en una cláusula contractual de confidencialidad;*
 - f) y aquella de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezca el Pliego Particular.*

La información declarada en tal carácter deberá presentarse en forma separada del resto de la oferta, en sobre o en archivo digital. En todos los casos deberá identificarse como "Información Confidencial".

El oferente que presente información confidencial deberá presentar en la oferta un "resumen no confidencial" de dicha información, que sea breve y conciso (Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010).

No se considerarán confidenciales los precios, ni las condiciones generales de la oferta.”

En conclusión, debemos considerar que en ambos ordenamientos jurídicos, tanto en el español como en el uruguayo, si bien rige en plenitud el principio de transparencia, la confidencialidad debe ser considerada una excepción que permite tutelar derechos y armonizar principios.

Al respecto, debemos considerar cuáles son en los diversos sistemas normativos las razones que motivan la protección de la información como confidencial, debiéndose destacar -a mi juicio- las siguientes:

- La tutela de datos de carácter personal.
- Salvaguarda del interés público.
- Protección de datos empresariales y de secretos técnicos y comerciales.

IX.4.2. Casuística

El tema objeto de análisis ha planteado diversos conflictos que han sido resueltos por los órganos administrativos o jurisdiccionales con competencia en cada caso.

Al respecto, debemos destacar lo ocurrido en los dos países objeto de análisis, a saber:

- **URUGUAY.**

En Uruguay se han producido diversos casos donde proveedores han invocado la confidencialidad de cierta información presentada, generando el pronunciamiento de los órganos competentes en la materia.

Al respecto, se destacan los siguientes casos:

- ✓ **Pronunciamiento de la Unidad de Acceso a la Información Pública (en adelante: UAIP) ante consulta formulada por un Ente Autónomo del Estado, en el ámbito de un procedimiento licitatorio.**

El Ente Autónomo llamado Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas (en adelante, UTE), realizó un procedimiento de Licitación Abreviada, cuyo objeto era la contratación de una consultoría para auditar los estados contables del Organismo.

En ese ámbito, un oferente presentó con carácter confidencial los siguientes documentos:

- Antecedentes de la empresa oferente.

- Enfoque metodológico de todas las etapas de la auditoría.
- Currículum Vitae de los profesionales propuestos.

Presentada la consulta ante la **UAIP**, el Consejo Ejecutivo de la misma por **Dictamen No. 7/2017 de fecha 9 de junio de 2017**, concluyó que en el caso no podrían considerarse confidenciales los documentos referidos, expresando en lo medular que:

- es una regla de principio en materia de derechos humanos que los mismos deben interpretarse en forma extensiva, mientras que sus limitaciones o excepciones deben interpretarse en forma restrictiva.
- conforme a la mencionada regla general, las excepciones a la publicidad de las ofertas deben interpretarse de manera estricta.
- se impone a su vez *“por el principio de transparencia reconocido como principio general de actuación y contralor en materia de contratación pública (literal H del artículo 149 del TOCAF) y por el derecho de cada oferente a controlar la evaluación que la Administración realice de las ofertas en correspondencia con el Pliego de Condiciones (el cual comprende no solo la evaluación de su oferta, sino también la de las restantes ofertas competidoras).”*
- en virtud de este derecho del oferente -que hace a la esencia misma de la competición y es una garantía básica frente a posibles actuaciones arbitrarias- es que el Artículo 65 del TOCAF precisa que no pueden ser confidenciales *“los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta”*, por tratarse de los aspectos sustanciales que son objeto de evaluación comparativa.
- Los aspectos esenciales de la comparación de las ofertas deben ser interpretados de manera extensiva, teniendo en cuenta el objeto, las características y las bases de cada procedimiento licitatorio, siendo que encuadran en lo que el Artículo 65 del TOCAF refiere como *“los precios y las*

descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta”, y por ende, no pueden ser considerados confidenciales.

- ✓ **Pronunciamiento de la UAIP ante consulta formulada por un Servicio Descentralizado del Estado, en el ámbito de un procedimiento licitatorio.**

El Servicio Descentralizado llamado Agencia Nacional de Vivienda (en adelante, ANV), realizó un procedimiento de Licitación Abreviada, cuyo objeto era la contratación de servicios de asesoramiento, gestión y revisión documental de los proyectos presentados en la Oficina del Inversor.

El Pliego de Condiciones Particulares que rigió el llamado²²⁰ en su Artículo 14.1 bajo el acápite “Evaluación de las propuestas” dispuso:

“14.1 ANTECEDENTES DE LA EMPRESA Y DE LOS CONSULTORES. La firma oferente deberá:

a) Proporcionar una relación de la experiencia profesional, en el ejercicio de trabajos similares, en entidades públicas y/o privadas en los últimos 10 años. Se deberá presentar como mínimo los siguientes datos:

Descripción del trabajo realizado

Nombre del Cliente

Sector de Actividad

Teléfono y persona de contacto, a los efectos de verificar la información proporcionada por el oferente

Periodo de trabajo

Se le asignará un máximo de 20 (veinte) puntos a los elementos relativos a la trayectoria de la empresa: experiencia y antigüedad en la prestación de tareas similares, nómina de los principales clientes en tareas similares al objeto del llamado, otras informaciones de

²²⁰ Obtenido en el Portal Web de Compras y Contrataciones Estatales que administra ARCE con fecha 12/12/22: https://www.comprasestatales.gub.uy/Pliegos/pliego_732739.pdf

interés o documentos que avalen sus antecedentes, trayectoria, seriedad y solvencia, tales como premiaciones o certificaciones de calidad en la prestación de servicios similares.

Presentar el currículum de las personas que integren el equipo de trabajo que tendrá a su cargo las tareas para cumplir con el objeto del llamado. A esos efectos deberán detallarse como mínimo, los estudios e instituciones en que se realizaron (formación de grado, posgrados, otros estudios), docencia y trabajos publicados. También se detallará la experiencia profesional de los mismos, especificando la experiencia en trabajos similares (consultoría, asesoría, auditoría de empresas, etc.), en entidades públicas y/o privadas.

Se le asignará un máximo de 20 (veinte) puntos al equipo de trabajo dedicado al servicio, el proveedor deberá presentar la organización, los roles y el número de integrantes del equipo de trabajo.

Los recursos presentados como parte del equipo serán los que brindarán efectivamente en el servicio.”

En ese ámbito, un oferente presentó con carácter confidencial la información de su oferta referida a su experiencia profesional en el ejercicio de trabajos similares al del objeto del llamado. Sin perjuicio de ello, el oferente entregó un “resumen no confidencial” que es exigido por el Artículo 30 del Decreto No. 232/010, el que contenía toda la información entregada en carácter confidencial, omitiendo únicamente el nombre del cliente, el teléfono y la persona de cada antecedente señalado.

Ante ello, la Comisión Asesora de la ANV que actuó en el caso evaluando las ofertas, decidió no tener en cuenta la información presentada por el oferente con carácter confidencial.

Presentada la consulta ante la **UAIP**, el Consejo Ejecutivo de la misma por **Dictamen No. 2/2020 de fecha 24 de abril de 2020**, concluyó que en la especie, el modo de proceder del oferente resultaba ajustado a derecho, en tanto asignó el carácter de confidencial a la información de clientes pero dejó disponible en su

resumen no confidencial la información sustancial referida a su experiencia profesional.

Al respecto, la UAIP sostuvo que:

- la regla de principio en materia de contratación pública es la publicidad y transparencia de las actuaciones (lit. B y H del art. 149 del TOCAF), siendo que *“estos principios encuentran su fundamento, entre otros, en el derecho de cada oferente a conocer y controlar la evaluación que la Administración realice de las ofertas (de la suya y de las de los restantes competidores), en correspondencia con los pliegos de condiciones respectivos.”*
- como excepción al principio referido, *“nuestro derecho positivo prevé la posibilidad de que un oferente presente en su oferta información con carácter confidencial, a fin de proteger su privacidad o competitividad, o datos personales de terceros.”*
- las excepciones a la regla de publicidad y transparencia deben interpretarse de manera estricta *“procurando un equilibrio ponderado entre los distintos valores en juego: por un lado, la protección de datos personales o de la privacidad y competitividad del oferente (que fundamenta la excepción); y, por otro lado, el derecho de los restantes oferentes a conocer y controlar la evaluación que la Administración realice de todas las ofertas (que fundamenta la regla de publicidad y transparencia.”*
- *“una manera expresamente prevista por nuestro Derecho positivo para alcanzar este equilibrio ponderado es la presentación del “resumen no confidencial”, el que deberá ser lo suficientemente explicativo como para permitir a los restantes oferentes conocer y controlar la evaluación que la Administración licitante pueda hacer al respecto, contemplando así los distintos derechos en juego.”*
- en el caso, *“el resumen no confidencial presentado por el oferente, reiterando toda la información entregada como confidencial con la sola excepción de los nombres de los clientes, de las respectivas personas de contacto y su*

teléfono, contiene toda la información sustancial sobre la experiencia profesional del oferente, para permitir que sus competidores puedan conocer cabalmente su oferta y controlar la evaluación que de la misma realice la Administración.”

- ✓ **Pronunciamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto de la legalidad de una Resolución de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, en el ámbito de una investigación por presuntas irregularidades en un procedimiento de contratación pública.**

El Servicio Descentralizado llamado Administración de las Obras Sanitarias del Estado (en adelante, OSE), realizó un procedimiento de Licitación Abreviada, cuyo objeto era el suministro de 2.400.000 litros de hipoclorito de sodio.

Al remitir las actuaciones al Tribunal de Cuentas a efectos del contralor que constitucionalmente le compete, dicho órgano dispuso:

- Observar el gasto al entender que el Organismo al adjudicar y ampliar el llamado en el mismo acto administrativo incumplió con la normativa imperante en la materia, ya que previamente a la ampliación de un contrato el mismo tiene que estar perfeccionado.
- Comunicar a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia en tanto la cotización efectuada por la empresa Efice S.A. en el presente llamado podría tratarse de un precio predatorio (imposición de precios por debajo de su costo). Para ello se tuvo en cuenta el informe recogido por la Comisión Asesora actuante que con fecha 11 de octubre de 2018 señaló que existe diferencia de precios entre lo ofertado por los dos proponentes Alliance Uruguay S.R.L. y EFICE S.A., respecto del precio estimado por la Administración, considerando asimismo contrataciones anteriores e incluso la contratación que se encontraba vigente al momento.

A efectos de mejor ilustrar, entiendo que la situación podría graficarse de la siguiente forma:

HIPOCLORITO DE SODIO: VALOR POR LITRO

Precio estimado por la Administración en este procedimiento	Alliance Uruguay S.R.L. Cotización actual	EFICE S.A. Cotización actual	Adjudicación de compra anterior a EFICE S.A.	Adjudicación de compra directa anterior a Alliance Uruguay S.R.L.
\$ 13,73 S/IVA	\$ 3,89 S/IVA	\$ 1,50 S/IVA	\$ 11,30	\$ 5,90

Ante la comunicación cursada por el Tribunal de Cuentas, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia dispuso el inicio de una medida preparatoria sobre las condiciones en las que tuvo lugar la Licitación Abreviada referida, y solicitó a OSE el envío de las actuaciones, las que fueron cursadas por dicha Administración.

Posteriormente, se emitió un informe técnico por los asesores de la Comisión, siendo que a efectos de determinar el mercado relevante ésta dispuso requerir cierta información a OSE y a las empresas proveedoras del producto EFICE S.A. y Alliance Uruguay S.R.L.

En el caso de EFICE S.A. se le solicitó información sobre:

- Total de ventas (cantidades y valores) anuales para los últimos 5 años, detalladas por productos y clientes.
- Cantidades anuales exportadas para los últimos 5 años.
- Capacidad máxima de producción de la planta de Cloro-Soda para cada uno de los productos.
- Razones por las que existieron diferencias sustanciales entre los precios ofertados en el presente procedimiento y los datos históricos recientes.

Ante ello, EFICE S.A. respondió que se encontraban en condiciones de dar cumplimiento a lo solicitado, expresando que por razones de seguridad comercial solicitaban previamente a la Comisión que se les confirmara lo siguiente:

- Si la información sería tratada como estrictamente confidencial.
- Que la confidencialidad alcanza a todos, con excepción de la propia Comisión, lo que equivale a decir que la información sólo podría ser vista y no divulgada por los integrantes de la Comisión.
- Que se asegure y garantice que los competidores no tendrían acceso a dicha información.

Los servicios técnicos de la Comisión emitieron informe indicando en cuanto al planteo de EFICE S.A., no correspondería hacer lugar a lo peticionado, expresando que:

“Estamos ante un derecho fundamental, que solo puede ser limitado por la Constitución o una ley formal dictada por razones de interés general y, a los efectos de poder clasificar una información como confidencial, la misma debe ser entregada al sujeto obligado y éste deberá analizar si dicha información se encuentra o no enmarcada dentro de lo establecido por el artículo 10 de la ley 18.381.

Como viene de exponerse y concluyendo, resulta imposible dar el carácter de confidencial a una información de la que aún no se dispone”.

Al respecto, la Comisión compartió el informe y emitió una Resolución, disponiendo que, una vez recibida la información solicitada, se analizaría su posible calificación como confidencial, al amparo de la normativa vigente. En especial, se indicó que se solicitaba a EFICE S.A. que al brindar la información, aportara un resumen no confidencial de la misma y cuya calificación como tal pretende, de acuerdo a lo dispuesto normativamente.

Por otra parte, casi en paralelo, se tramitaron actuaciones similares, todas referidas al mismo aspecto.

La proveedora EFICE S.A. recurrió los actos administrativos que entendió que le causaban agravio, y luego de agotar la vía administrativa, presentó demanda ante

el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad de los mismos, por entender que la Comisión le negó indirectamente el derecho subjetivo y el interés legítimo de proteger la confidencialidad de los datos empresariales, poniendo a la vista de todos los actores del procedimiento la inteligencia de la empresa.

Previamente a la Sentencia del TCA, se produce el dictamen preceptivo del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (PECA). En los dos casos planteados, el PECA le sugirió al TCA confirmar los actos administrativos referidos, expresando en el dictamen No. 319/2022 de fecha 1º de junio de 2022:

“(...) el Decreto 232/010, reglamentario de la ley 18.381 prevé un procedimiento para declarar reservada la información (art. 19 y ss.), procedimiento en el que se cumplan las garantías de las partes involucradas.

Pero además lo que en todo caso resultaría inadmisibile es que dicha declaración quedara al arbitrario de la parte interesada, en la emergencia EFICE SA, por lo que la respuesta de la accionada, de valorar primero la información para luego determinar si merece o no la declaración solicitada, en nada es reprochable.

No puede soslayarse que la resolución en causa se encuentra motivada en objeciones planteadas por el controlador del gasto, Tribunal de Cuentas, en el marco de un procedimiento competitivo, y que la accionada tampoco se negó a tal declaración de confidencialidad, sino que remitiéndose a informes letrados que le preceden señala que, remitida la información se procederá a la aplicación del art. 10 del citado decreto, ponderando el “interés público por la revelación de la información y el bien jurídico tutelado mediante el mantenimiento de la reserva”.

Se entiende pues que se ha adoptado una actitud prudente por parte de la Administración actuante, que por otra parte tampoco constituye una negativa a la declaración impetrada”

El TCA, por Sentencias No. 237 del 28 de abril de 2022 y No.904 del 8 de diciembre de 2022, dispuso confirmar los actos administrativos impugnados, entendiendo que le asistía razón a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

En lo medular, el TCA afirmó en ambas Sentencias que:

“La actora no siguió el procedimiento establecido por el artículo 30 del Decreto No 232/2010 y optó por el camino de solicitar a la Administración que se expidiera sobre la confidencialidad de la información requerida, sin que esta tuviera los elementos necesarios para poder hacerlo.

Al respecto, cabe consignar que, si bien podía presumirse que la información solicitada meritariamente la declaración de confidencialidad, en atención a lo dispuesto por el literal B) del artículo 10 de la Ley No 18.381, ello sólo podía ser resuelto con certeza y mediante resolución fundada, una vez que la Administración la tuviera en su poder.

En este sentido, la pretensión de la actora de exigir una declaración de confidencialidad a priori, y sin aportar la información requerida, aun en tal carácter, carece de sustento normativo.

Por lo tanto, nada puede reprochársele a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia que, en definitiva, exigió le fuera entregada la información requerida, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 11 y 14 de la Ley No 18.159.”

En consecuencia, el TCA entendió que la Comisión actuó de acuerdo a derecho al no considerar la información como confidencial a priori, haciendo hincapié en la necesaria ponderación que debe efectuarse al aplicar principios, marcando la trascendencia de la aplicación del principio de transparencia.

✓ **Pronunciamiento del Tribunal de Cuentas en el ámbito del control de un procedimiento de Licitación Pública.**

El Ente Autónomo Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU), convocó al procedimiento de Licitación Pública No. 2019/51/02035, cuyo objeto era la adquisición, instalación y mantenimiento para el recambio del parque de equipos UPS, fundamentalmente en el interior del país, dándole la debida publicidad.

Presentaron sus ofertas 4 empresas. Con fecha 6 de noviembre de 2019, la Asesoría Técnica y Contrataciones del Organismo realizó informe en el que dio cuenta de que el licitante denominado REEL S.R.L. presentó un sobre conteniendo antecedentes declarados como confidenciales y que, atento a que los mismos serían considerados en la ponderación de las ofertas y, por el carácter confidencial establecido por el oferente, la oferta devenía inválida, no efectuando objeciones sobre las restantes ofertas.

Realizados los restantes trámites necesarios en el procedimiento, finalmente el Ordenador del gasto dispuso adjudicar a otro de los oferentes.

Ante ello, la empresa REEL S.R.L. interpuso Recurso Administrativo contra la Resolución de adjudicación, argumentando que el obrar de la Administración resultó indebido, careció de expresión de los fundamentos, y configuró exceso de poder.

Se efectuó informe técnico y por otro lado informe jurídico con conclusiones diversas e incompatibles entre sí, ante lo cual se realizó una Sala de Abogados en el Organismo, que concluyó que no debió considerarse inadmisibles las ofertas de REEL S.R.L., sino que se debió haber propiciado una solución tendiente a relegar la decisión de descartar su oferta.

Luego de diversos trámites, la Comisión Asesora culminó dictaminando a favor de la adjudicación a la empresa REEL S.R.L.

El Directorio del BROU, Ordenador del gasto, por Resolución de fecha 19 de noviembre de 2020 dispuso dejar sin efecto la adjudicación anterior y en su lugar, adjudicar a REEL S.R.L.

Remitidas las actuaciones para su control, el Tribunal de Cuentas, por Resolución No. 0021/2021 de fecha 13 de enero de 2021 acordó observar el gasto por contravenir la legalidad, en mérito a las siguientes consideraciones:

“1) que el artículo 10 de la Ley 18.381 de fecha 17/10/08 establece que "Se considera información confidencial: I) Aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que: A) Refiera al patrimonio de la persona, B) Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor, C) Esté

amparada por una cláusula contractual de confidencialidad", norma a la que se remite el artículo 65 inciso 11 del TOCAF;

2) que si bien las tres cartas de referencia que la adjudicataria indicó que corresponden a contratos con cláusulas de confidencialidad, podían haberse entregado en carácter confidencial al amparo del literal C) del artículo 10 de la Ley 18.381, dicha documentación no fue agregada por la adjudicataria ni siquiera en ese carácter, contraviniendo lo establecido en el artículo 4.1 de la Memoria, que exigía tal documentación para acreditar determinados requisitos de admisibilidad y factores de ponderación;

3) que la restante información presentada por la adjudicataria como confidencial (otras cartas de referencia sobre antecedentes y listado de unidades instaladas con indicación de potencia total), no encuadra dentro de las causales de confidencialidad establecidas tanto por el citado artículo 10, como por el artículo 65 del TOCAF, (causales de excepción a los principios de publicidad y transparencia, y por tanto, de interpretación estricta), por cuanto no contienen información patrimonial de los clientes, ni refiere a hechos o actos útiles a la competencia, ni estaban amparadas en cláusulas de confidencialidad (a diferencia de las referidas en el Considerando 2), ni contienen datos que requieran previo consentimiento informado. Además, y en tanto refieren a requisitos de admisibilidad y factores de evaluación, integran las "condiciones generales de la oferta" que el artículo 65 del TOCAF prohíbe sean confidenciales;

4) que resultaría de buena administración que en ulteriores procedimientos se estableciera en los Pliegos los procedimientos a seguir ante la presentación de información confidencial por parte de los oferentes, regulación que deberá ser compatible con la Ley 18.381, su Decreto Reglamentario, el TOCAF, y los principios de la contratación administrativa, muy especialmente los de concurrencia, igualdad de oferentes, razonabilidad, transparencia, materialidad frente al formalismo y buena fe;

...6) que el acto de adjudicación original careció de motivación suficiente, en tanto que ni del mismo ni de los antecedentes que lo informan surgen explicitados los fundamentos para concluir que la información fue indebidamente presentada como confidencial, vulnerándose así lo establecido por el artículo 123 del Decreto N°

500/991, vicio que determina su ilegitimidad, y por tanto correspondía su revocación, como correctamente hizo la Administración;”

Tal como se advierte en el pronunciamiento efectuado, para que proceda el tratamiento confidencial de determinada información de las ofertas se debe efectuar un análisis ponderado a efectos de decidir si se cumplen los requisitos para que opere la confidencialidad, teniendo presente que al tratarse de una excepción a la regla general de la publicidad y la transparencia, debe ser de interpretación estricta.

Asimismo, se destaca la referencia al cumplimiento de los principios de la contratación pública que efectúa el TCR, en especial, en lo referido a la igualdad de los oferentes y la concurrencia, debiéndose tener presente que entre los derechos y principios en juego encontramos los de los restantes competidores a conocer la información que la Administración debe analizar para evaluar las ofertas, siendo que sin eso la competencia verdadera, no se produce.

- **ESPAÑA.**

En España también se han producido diversos casos donde se ha dirimido el alcance de la confidencialidad, en especial se advierte la existencia de múltiples pronunciamientos de los órganos de recursos contractuales ante la interposición de recursos especiales en la materia. Al respecto, se destacan las siguientes situaciones:

✓ **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante: TACRC).**

La Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA) realizó una licitación por procedimiento abierto, dividido en 3 lotes, para la contratación de los servicios de red de telecomunicaciones de la Xunta de Galicia, publicando el anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea el 7 de marzo de 2014 y en el Diario Oficial de Galicia y en el BOE los días 13 y 20 de marzo de 2014 respectivamente.

Se presentaron al llamado tres oferentes, siendo que el procedimiento culminó con la adjudicación del contrato mediante Resolución que fue recurrida por uno de los oferentes.

Uno de los argumentos de fondo del recurrente, consistió en sostener que con posterioridad a la adjudicación solicitó tener acceso al expediente de contratación, ante lo cual el órgano de contratación se expresó en sentido negativo, expresando que se le había solicitado a los restantes competidores que determinaran las partes de la oferta que tenían la consideración de confidencial, habiendo recibido la respuesta de que toda su propuesta era confidencial.

Al respecto, señaló el recurrente que el no acceder a dicha información lo hizo caer en indefensión.

El TACRC, en su Resolución No. 710/2014 de fecha 26 de septiembre de 2014 expresó:

“Este Tribunal viene entendiendo (por ejemplo en nuestras Resoluciones no 592/2014, 199/2011 y 62/2012) que en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. De este modo debe existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitador, el que solicita el acceso y el que se opone, pues ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad.”

En ese sentido, se expresa que el órgano de contratación no está vinculado por la declaración del oferente, sino que por el contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los oferentes, resultando por demás trascendente el cumplimiento del principio de motivación.

Ello por cuanto el TACRC afirma que:

“...la ley exige que este pronunciamiento sea fundado, que esté motivado. La motivación exige un esfuerzo de explicación que sea suficiente para transmitir las razones por las que se deniega el ejercicio de un derecho, en este caso, el de acceso a la información de las ofertas. Si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del

adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente.”

En el caso, el TACRC entendió finalmente que asistía razón al recurrente en cuanto resulta contraria a derecho la decisión de que una vez adjudicado el contrato, la misma no tuviera acceso a ningún documento, por lo cual estimó el recurso, disponiendo la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la notificación de la adjudicación al objeto de que el órgano de contratación confiriera vista del expediente en las partes no confidenciales.

✓ **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante: TACRC).**

La Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana realizó la licitación por procedimiento abierto, dividido en 8 lotes, para la contratación de servicios de lavandería para los centros dependientes de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública, Consorcio Hospital Provincial de Castellón y Consorcio Hospital General Universitario de Valencia, publicando el anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de diciembre de 2019.

Un oferente fue excluido de la licitación del Lote 4 por errores en la documentación presentada, consistentes en la inclusión de un sobre relativo a nombre de otra persona jurídica. El mismo, solicitó el acceso a determinada documentación del expediente.

Ante ello, el Subsecretario de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana acordó declarar no confidencial la documentación presentada por otro oferente, que es quien en definitiva resultó ganancioso en el Lote 4.

Este último interpuso recurso solicitando que se revocara la citada Resolución en el sentido de declarar la confidencialidad de la documentación previamente señalada como tal, continuando el proceso de adjudicación en curso.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por **Resolución No. 558/2020 de fecha 23 de abril de 2020**, sin perjuicio de resolver sobre aspectos de legitimación y otros aspectos relevantes por los que culmina estimando el recurso interpuesto, se pronuncia sobre la temática de la confidencialidad planteando una postura al respecto, que puede sintetizarse de la siguiente forma:

- *“El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada.”*
- *“El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada.”*
- *“La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros.”*
- *“En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso”*

- *“De acuerdo con el artículo 133 de la LCSP, los **intereses en conflicto se producen entre el derecho de los licitadores a la confidencialidad** de los documentos de su oferta que pudieran contener secretos profesionales o comerciales y cualquier otra información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, por una parte, **y, por otra, el derecho de acceso al expediente del competidor excluido como garantía del derecho a recurrir.**”*

- *“En el presente caso, la declaración del carácter confidencial de una parte significativa de su oferta técnica efectuada por la entidad recurrente (más del 70 por ciento, según el órgano de contratación) tiene carácter genérico, no especificándose qué secretos técnicos o comerciales, o qué información cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia deben ser preservados por parte del órgano de contratación frente a sus competidores. Se verifica, pues, un exceso de la declaración de confidencialidad efectuada por la recurrente, que el órgano de contratación, frente a la petición de acceso al expediente del competidor excluido, puede reducir a lo que efectivamente sea confidencial con arreglo al artículo 133 de la LCSP.”*

- *“...no corresponde al órgano de contratación atribuir o denegar carácter confidencial a la información declarada así por el licitador, sino a éste, si bien el órgano de contratación, a instancia de otro interesado que pida acceso a esa información, puede concretar qué es efectivamente confidencial de lo declarado como tal por el licitador, pero para ello debe, en todo caso, requerir al interesado para que concrete qué datos e informaciones son efectivamente confidenciales en aquellos casos como el presente en que la declaración de confidencialidad haya sido genérica.”*

En consecuencia, el TACRC fija una postura que consolida sus pronunciamientos anteriores en la materia, debiéndose destacar el aspecto que refiere a que el carácter confidencial de la documentación no puede señalarse en forma genérica, todo lo cual reafirma que la confidencialidad es una excepción a los principios de publicidad y transparencia, y por ende, es necesario justificar adecuadamente su procedencia.

IX.5.- PONDERACIÓN INADECUADA DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Como se ha indicado al estudiar la temática referente a los principios, en cada contratación pública es necesario dar cumplimiento a esos cimientos donde se asienta la misma. Su incumplimiento afecta y corroe la libre competencia.

De esta forma, resulta imperioso efectuar una ponderación caso a caso, lo cual es una tarea que a veces se torna dificultosa para los operadores en la materia, debiendo tener presente que en muchas situaciones actúan en la contratación pública sujetos que carecen de formación (en especial jurídica), por lo que el desafío de una aplicación adecuada de los principios, resulta incluso más dificultoso en ciertas situaciones.

Como se indicó precedentemente, a mi juicio, la vulneración de principios genera una especie de “efecto dominó” que se produce de la siguiente forma: la contravención a los postulados de un principio afecta a otros principios, de manera que difícilmente en una situación se contravenga un principio en forma exclusiva.

Es por ello que es necesario ser cuidadoso en su aplicación, en forma ponderada, razonable y armónica, siendo ese el gran desafío de los operadores en la materia.

Algunos de los casos sobre ponderación de principios, refieren a los siguientes extremos:

- **URUGUAY.**
- ✓ **Pronunciamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante: TCR) en ocasión del control de un procedimiento de Licitación Pública.**

El Servicio Descentralizado Administración de las Obras Sanitarias del Estado (en adelante: OSE), convocó al procedimiento Licitación Pública N° P17610 cuyo objeto era la sustitución de tuberías de distribución y conexiones domiciliarias

de agua potable en el Barrio Jacinto Vera (Departamento de Montevideo), otorgando la debida publicidad.

Se presentaron 6 oferentes. La Comisión Asesora de Adjudicaciones emitió un pronunciamiento con fecha 22 de junio de 2018 por el que, basándose en un informe contable precedente, constató que el oferente BYCIC Ltda. no presentó los estados contables que exigía el Pliego de Condiciones Particulares, al igual que ocurrió con otros licitantes.

Ante dicha circunstancia, se dispuso no requerir a BYCIC Ltda. la información indicada, dado que la misma habría sido presentada por dicho oferente en un procedimiento de contratación anterior (Licitación Pública N° 17.440), siendo que el funcionario que realizó el informe contable adjuntó de oficio al expediente la documentación referida.

Finalmente, el Ordenador del gasto dispuso adjudicar a BYCIC Ltda, sujeto a la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas dictó la Resolución No. 3448/18, adoptada en Sesión del 19 de diciembre de 2018, por la que observó el gasto dispuesto por contravenir la legalidad, expresando que el proceder de la Administración:

“implicó vulnerar el principio de igualdad de los oferentes previsto en el Artículo 149 Literal B) del T.O.C.A.F., en tanto, ante situaciones idénticas de inobservancia en la presentación de un recaudo exigido en las bases del llamado, se le requirió la presentación del mismo a un oferente (Teyma Uruguay S.A.), no exigiéndosele a otro (Bycic Ltda.), al considerar de oficio documentación presentada en un procedimiento anterior que en nada puede influir en la Licitación Pública convocada en la oportunidad;” (Considerando 4) Resolución No. 3448/18).

Ante dicha observación, el Ordenador del gasto dispuso reiterar el gasto, insistiendo en que se obró adecuadamente, fundando su accionar al entender que la Comisión Asesora actuó al amparo del Artículo 149 del TOCAF, en particular respetando los principios de razonabilidad, materialidad frente al formalismo, veracidad salvo prueba en contrario y transparencia.

Al respecto, el Tribunal de Cuentas emitió nuevo pronunciamiento, y por Resolución No. 1318/19, adoptada en Sesión del 29 de mayo de 2019 dispuso mantener la observación formulada, expresando:

“CONSIDERANDO: 4) *que por otra parte, se vulnero el principio de igualdad de los oferentes previsto en el Artículo 149 del TOCAF, al no haberse requerido un recaudo a Bycic Ltda. exigido en el Pliego, (el que había presentado era de otro procedimiento independiente que no tendría implicancia alguna en el presente) siendo que a Teyma Uruguay S.A. se le había solicitado, no habiéndose tenido el mismo tratamiento para ambas firmas;*

5) *que si bien la Administración justificó su accionar en atención a los principios de materialidad frente al formalismo y de flexibilidad, **la interpretación que realiza de los mismos no puede ser de tal amplitud que afecte el principio de igualdad de los oferentes, el cual debe respetarse rigurosamente;**”*

(Considerandos 4) y 5) Resolución No. 1318/19).

De esta forma, ante un posible conflicto entre principios, el TCR entendió que la igualdad debe respetarse a cabalidad, siendo que no es posible interpretar el alcance de los restantes principios con una amplitud tal que genere la vulneración del principio de igualdad de los oferentes.

✓ **Pronunciamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante: TCR) en ocasión del control de un procedimiento de Licitación Pública.**

El Ente Autónomo Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas (en adelante: UTE), convocó al procedimiento de Licitación Pública P50757, cuyo objeto era la ejecución de obra civil y montaje electromecánico de la Estación de Transformación 30/15 KV, ejecución de tendido de cable subterráneo Pan de Azúcar – Piriápolis y ejecución de cables subterráneos en Tacuarembó, dando la publicidad suficiente.

Se presentaron 8 oferentes. La Comisión Asesora solicitó a todos los oferentes que “complementen información” relacionada con antecedentes del

personal que será afectado a la obra (responsables técnicos, superintendentes, capataces), acreditación de experiencia, listado de horas/hombre, entrega de certificados ISO 9001-2008 y OHSAS 18001-2007, y en ciertos casos la experiencia en ingeniería de proyecto.

Finalmente, se dispuso la adjudicación por parte del Ordenador del gasto.

Remitidas las actuaciones a efectos del control que constitucionalmente le compete, el Tribunal de Cuentas por Resolución No. 1504/19 de fecha 26 de junio de 2019 dispuso observar el gasto – entre otras cuestiones – por considerar que la Administración actuante contravino la legalidad, en tanto la información requerida a los oferentes por parte de la Comisión Asesora:

*“comprende información que debió ser parte integrante de la oferta, según lo establecido en el Artículo 6.2 del Volumen I del Pliego, con lo cual la información solicitada excede la potestad de “aclaración”, establecida en el art. 66 lit a del TOCAF, y **se afecta la igualdad de los oferentes**, establecida en el Artículo 149, numeral B) de la citada norma;*

Considerando 7) de la Resolución No. 1504/19.

Ante ello, el Directorio de UTE dispuso reiterar el gasto, insistiendo en la legalidad de su proceder, sustentando en lo medular que la solicitud de información realizada por la Comisión Asesora tuvo por objetivo complementar información ya presentada por los oferentes, aunque de manera insuficiente, por lo que se privilegió el principio de materialidad y flexibilidad frente al formalismo, y así contar con información suficiente para formarse un juicio fundado. Al mismo tiempo, se expresa que no se afectó el principio de igualdad, pues se dio idéntico plazo y computado desde el mismo momento a todos los oferentes.

Remitidas nuevamente las actuaciones al Tribunal de Cuentas, el mismo, por Resolución No. 2553/19 del 23 de octubre de 2019 acordó mantener la observación oportunamente formulada, al entender que:

- *“a la Administración solo le está permitido otorgar un plazo para que el oferente salve errores evidentes, carencias formales o errores de escasa importancia vía artículo 65 del TOCAF (que no fue utilizado en el procedimiento) o, vía artículo 66,*

*solicitar aclaraciones de información ya aportada en la oportunidad correspondiente, pero **ninguna de las referidas vías puede representar, bajo ningún concepto, una instancia de ampliación o aporte de información o documentación esencial que debió ser entregada por el oferente hasta la apertura de ofertas, y mucho menos puede implicar una instancia de modificación de oferta**, cosa que excede los alcances estipulados por los artículos referidos, y vulnera los **principios de igualdad de oferentes y de concurrencia** referenciados en el artículo 149 del TOCAF*

Considerando 7) de la Resolución No. 2553/19.

- *“la información o documentación referida ... debió ser entregada al momento de la apertura de ofertas, **no admitiéndose su agregación posterior sin vulnerar el principio de igualdad**, y su solicitud excede las potestades acordadas por los artículo 65 y 66 del TOCAF, las que **no se salvan acudiendo a los principios de materialidad y flexibilidad frente al formalismo;**”*

Considerando 8) de la Resolución No. 2553/19.

De esta forma, surge que la postura del Tribunal de Cuentas – que comparto – consiste en sostener que no es posible pretender otorgar un alcance a los principios de materialidad y flexibilidad tales que permitan introducir modificaciones a las ofertas presentadas, por cuanto dicho obrar contraviene en forma insoslayable los principios de igualdad de los oferentes y de concurrencia.

Así, en el caso se produjo una ponderación inadecuada del alcance de los principios imperantes en la contratación pública.

- **ESPAÑA.**
- ✓ **Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid recaído en relación a un recurso especial en materia de contratación, en el ámbito de una licitación.**

En el ámbito del Servicio del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano se convocó a licitación para la contratación referida a un “Concurso de proyectos para la configuración del Bosque Metropolitano de Madrid”, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

En dicho ámbito se dispuso la exclusión de ciertas sociedades comprometidas a constituirse en U.T.E. dado que, ante el otorgamiento de un plazo adicional a todos los oferentes para presentar documentación adicional, lo hizo fuera de plazo.

Las empresas integrantes de la UTE interpusieron recurso especial en materia de contratación, recayendo el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que por Resolución No. 197/2021 de fecha 6 de mayo de 2021 desestimó el recurso interpuesto, expresando:

*“en el caso que nos ocupa, el recurrente no presentó documentación alguna en el plazo concedido al efecto, por lo que pretender que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del interesado conceda un plazo de subsanación, supone a juicio de este Tribunal, **llevar el criterio antiformalista a colisionar con el principio de igualdad de trato entre los licitadores**. No estaríamos realmente ante un supuesto de subsanación, sino ante una ampliación oficiosa del plazo una vez este ha concluido.*

...A juicio de este Tribunal, no procede aplicar los criterios antiformalistas planteados cuando se observa una clara falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones conforme a los pliegos.

*Tampoco debe olvidarse la aplicación del principio de **igualdad de los licitadores**. Como alega el adjudicatario del primer premio, su empresa cumplió escrupulosamente los plazos de presentación de la documentación exigida, al igual que el resto de premiados, por lo que no resulta procedente la admisión extemporánea de la documentación exigida, máxime cuando no ha quedado acreditada la existencia de anomalía técnica que impidiera su presentación.”*

En el caso surge con claridad que no es posible asumir criterios antiformalistas con un alcance que implique vulnerar la igualdad de los licitantes.

IX.6.- CLÁUSULAS RESTRICTIVAS O CONTRARIAS A LA COMPETENCIA EN LAS BASES DEL LLAMADO

Las bases del llamado deben incluir las previsiones en cumplimiento de los principios imperantes en la materia, no siendo posible que restrinjan la competencia.

En primer lugar, debe ser determinado el objeto del llamado de forma ponderada y en sus justos términos, como se ha indicado al analizar este aspecto en el Capítulo correspondiente.

No obstante, se visualizan casos de contratación administrativa donde se transgreden los límites de determinación del objeto del llamado, introduciendo previsiones sobre el objeto que resultan restrictivas o contrarias a la competencia.

En especial, no deben incluirse cláusulas de admisibilidad de las ofertas que restrinjan la participación.

Analizada la casuística, surge que en múltiples ocasiones los órganos con competencia para pronunciarse en materia de contratación pública, han advertido la incorporación de cláusulas de admisibilidad que restringen la competencia.

En ese sentido, en los dos países objeto de estudio surge que los órganos competentes han indicado la existencia de cláusulas restrictivas de la competencia en múltiples casos.

Uno de los aspectos trascendentes a tener en cuenta es que las previsiones que se incluyan en las bases del llamado deben necesariamente dar cumplimiento irrestricto a los principios que rigen en la contratación pública. Al analizar dicha temática en el Capítulo correspondiente se advierte la importancia al respecto.

Únicamente para ilustrar un problema tan vasto, se han seleccionado los siguientes casos que evidencian la problemática que se genera en el obrar de la Administración Pública:

- **URUGUAY:** Licitación Pública No. 1/2020 convocada por el Servicio Descentralizado denominado Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), para la prestación del servicio de Limpieza y Limpia vidrios para el Centro de Referencia de la Red Drogas Portal Amarillo.

En dicho caso, el Pliego de Condiciones Particulares, dentro de las “Obligaciones del Adjudicatario” dispuso:

“El adjudicatario deberá mantener por un plazo mínimo de noventa días a los operarios que integran la plantilla del adjudicatario anterior, que cuenten con una antigüedad mayor a noventa días a la finalización del contrato y que previa o simultáneamente a la incorporación a la nueva Empresa firmen la renuncia voluntaria a la empresa anterior. En dicho lapso de 90 días, se podrá prescindir de los trabajadores que configuren causal de despido en casos debidamente justificados y comprobadas en forma fehaciente.”

El TC, por Resolución No. 1414/2020 de fecha 15 de julio de 2020, consideró que dicha previsión contraviene el Artículo 4 de la Ley No. 18.159 así como también los principios generales de la Contratación Pública de Igualdad y Libre concurrencia de los oferentes.

En el caso, en especial el TC destaca dentro de la normativa de competencia, la contravención a las disposiciones que establecen como prácticas prohibidas:

- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos.
- Obstaculizar el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo.

- **ESPAÑA.** En el contrato de “*Actualización del proyecto de regeneración y adecuación ambiental de la bahía de Portman, TM de la Unión (Murcia)*”, convocado por la Dirección General de la Costa y el Mar (DGCM) del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, una empresa interpuso recurso ante el TACRC contra los pliegos.

En el caso, se estimó el recurso respecto de la previsión del pliego que impone la necesidad de experiencia respecto de un sistema informático en el que las bases de llamado no aluden en forma alguna al delimitar el modelo que ha de ser aplicado para el estudio de clima marítimo y dinámica litoral.

El recurrente expresa que existen otros programas de idéntica o más avanzada funcionalidad.

El TACRC se pregunta si es posible exigir experiencia adicional sobre una herramienta informática cuyo uso o licencia, en principio, no aparece exigido como requisito de capacidad o solvencia. De esta forma, el TACRC entiende que:

“el recurso debe prosperar. Efectivamente, corresponde al órgano de contratación, tal y como dispone en su informe, elegir la herramienta informática que estime conveniente (siempre que tal circunstancia resulte debidamente justificada y no restrictiva de la libre concurrencia), pero lo cierto es que fuera de dicho criterio de adjudicación, no se hace referencia en ningún otro lugar al SMC.

Así, no encontramos ni en la memoria ni en el PPT referencia alguna a la necesidad de que se utilice este sistema en la ejecución del contrato o que el mismo sea esencial para ello.

Del mismo modo, encontramos en el cuadro de características varios elementos que podrían resultar contradictorios con este criterio. El primero de ellos es que, a pesar de la redacción del subcriterio impugnado, no se está exigiendo una experiencia mínima de 5 años en el uso del SMC a lo que ofertar años adicionales, sino que el apartado 15 del cuadro a que se remite, solo exige 5 años como ingeniero de caminos, sin otras exigencias.

Igualmente, contradictorio puede resultar el criterio de adjudicación relativo a las tecnologías que el licitador proponga para la ejecución de los trabajos (programas a utilizar, haciendo hincapié en aquellos relacionados con la ingeniería costera). En este sentido, y siguiendo la tesis del informe del órgano de contratación, únicamente

se puntuaría el que desarrolle los trabajos con el SMC, pues es intención de la DGCM trabajar a través de ese sistema, lo que no parece tenga demasiado sentido a la vista de la redacción de la cláusula.

En definitiva, la introducción de este criterio se considera desproporcionada, al no admitir la experiencia en programas informáticos similares o equivalentes, y, por tanto, restrictiva de la competencia.

Por ello, debe estimarse el presente motivo, anular la mención de la cláusula 17.3.1.3 del PCAP a la experiencia en la utilización del SMC, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de este pliego.”

IX.7.- ILEGITIMIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN.

En múltiples ocasiones, la Administración Pública aplica los criterios de selección en forma ilegítima. En este sentido, analizaremos lo ocurrido en los países objeto de análisis:

i) URUGUAY.

Al prever en las bases del llamado los criterios a analizar en las ofertas, la Administración deberá tener en cuenta que, cuando en la etapa esencial se analicen los mismos, primero se deberá efectuar un estudio de admisibilidad donde se estudie el cumplimiento de los requisitos excluyentes, y luego únicamente respecto de las ofertas que cumplan con dichas exigencias, deberá aplicar los criterios de comparación, para contraponer las ofertas entre sí, a efectos de determinar cuál es la más conveniente a los intereses de la Administración.

En este sentido, el Tribunal de Cuentas, por Resolución N° 1467/18 de fecha 26 de abril de 2018, ha indicado que:

“el análisis de admisibilidad de las propuestas implica analizar la regularidad jurídica de las ofertas presentadas, con apego al principio de legalidad, siendo que en aplicación del principio de preclusión nada relativo a la evaluación de ofertas puede

ser tratado en cuanto no se produzca el agotamiento de la primera etapa que implica el estudio de admisibilidad...”

Resulta necesario analizar diversas situaciones ocurridas y que fueron analizadas oportunamente por el Tribunal de Cuentas en ocasión de llevar a cabo la intervención preventiva que al mismo le compete:

- ***Previsión de diversos criterios en las bases del llamado, que no fueron considerados en su totalidad en la etapa esencial.***

De la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas surge que el mismo ha dispuesto observar el gasto, en aquellos casos en que la Administración actuante no consideró en instancia de evaluación de propuestas en la etapa esencial del procedimiento, la totalidad de los factores previstos en las bases del llamado.

En ese sentido, encontramos – entre otros – los siguientes casos:

PROCEDIMIENTO EFECTUADO	PRONUNCIAMIENTO	TEXTO
Licitación Pública N° 253470, convocada por la Intendencia de Montevideo para la adquisición de motos patrulleras con destino a División Tránsito y Transporte, para el Servicio de vigilancia.	Sesión de fecha 19 de julio de 2012	<i>“en el caso, la Comisión Asesora se limitó a sugerir la adjudicación, expresando que se tuvo en cuenta el precio, así como el informe del asesor técnico (el que no consideró los factores previstos en las bases del llamado), no surgiendo la ponderación de los diversos extremos previstos ... a efectos de determinar la oferta más</i>

		<i>conveniente para los intereses de la Administración”.</i>
Licitación Pública N° 2/12, convocada por la Facultad de Medicina para efectuar reparaciones en tejados de las cubiertas del edificio principal de la Facultad.	Sesión de fecha 7 de noviembre de 2012	<i>“...la Comisión Asesora fundamentó su dictamen basándose en el informe técnico realizado por la Dirección General de Arquitectura, quien únicamente efectuó el análisis de admisibilidad de propuestas, indicando la existencia de notoria primacía de un oferente respecto de los restantes pero sin ponderar cada una de las propuestas admisibles, conforme lo establecido por el Pliego de Condiciones Particulares, en cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 48 Lit. C) del T.O.C.A.F., que requería ponderar el precio, los antecedentes y el plazo de entrega considerando determinados porcentajes que se previeron”, por lo que “por consiguiente, se vulneró lo dispuesto por los Arts. 66 Inciso 2° y 65 Inciso 12 Lit. C) del T.O.C.A.F. en tanto la Comisión Asesora no efectuó un informe fundado sobre la admisibilidad y conveniencia de las ofertas, de conformidad con los criterios</i>

		<i>objetivos determinados en los Pliegos”</i>
Licitación Pública N° 2010/51/01934 convocada por el Banco República para la adquisición de hasta 1.500 impresoras láser o LED monocromáticas para red y locales.	Sesión de fecha 20 de marzo de 2013	<i>“...la falta de consideración de la totalidad de los factores de evaluación previstos en el Artículo 6 del Pliego de Condiciones Particulares, implicó vulnerar las bases del llamado confeccionadas en la etapa preparatoria del procedimiento, momento en el cual la Administración determina las reglas que regirán el mismo, debiendo ceñirse a ellas en las restantes fases, siendo que si la Administración pretendía considerar a efectos de la evaluación únicamente el factor precio, así debió haberlo dispuesto a priori;”</i>

- ***Previsión de criterios y puntajes para los ítems e indicación de sub-ítems no previstos en las bases del llamado.***

La previsión de criterios objetivos implica también que en caso de establecer sub-factores, los mismos deban estar previstos en las bases del llamado.

En este sentido, el TC al expedirse respecto de un procedimiento de Licitación Pública, observó el gasto en virtud de que no se incluyeron puntajes de ponderación de subítems, tales como el referido a antecedentes de trabajo en

equipo, siendo que la falta de inclusión de los puntajes de ponderación de los subítems antecedentes del equipo de trabajo que comprendían elementos como instrucción formal (título de grado, postgrado, etc. y experiencia laboral), hizo que quedara a cargo del Grupo de Trabajo que analizó las propuestas, una vez recibidas y abiertas las mismas, el sopesar los subítems.

Ello, a juicio del Tribunal, contraviene entre otros, el principio de igualdad de los oferentes, siendo que:

“la indicación de los parámetros para dicha puntuación debía estar establecida ab initio, de manera de explicitar los parámetros exigidos por la Administración para determinar la oferta más conveniente, en forma previa a la apertura de las propuestas, a fin de que los oferentes tuvieran conocimiento de cómo se efectuaría su evaluación.”

Es decir que las previsiones sobre evaluación, así sea que refieren a diversos elementos dentro de un criterio que se cuantificó, deben estar establecidas en las bases del llamado, lo que conlleva a tutelar los principios y normas imperantes en materia de contratación pública, salvaguardando la seguridad jurídica.

➤ ***Consideración en la etapa esencial, de criterios no previstos en las bases del llamado.***

Del relevamiento efectuado a efectos del presente análisis, surge que en ciertos casos se han considerado en la etapa esencial de los procedimientos de contratación, como criterios determinantes de la adjudicación, elementos que no fueron siquiera mencionados en las bases del llamado.

En ese sentido, se destaca lo acaecido en el procedimiento convocado por la Intendencia de Salto para la adquisición de vehículos. En el caso, la Comisión Asesora ponderó positivamente el ofrecimiento sin costo del recambio de flota, lo que no se encontraba previsto en la normativa que rigió el llamado, y por tanto, no constituía un elemento a efectos de evaluación de las propuestas.

En ese tipo de casos, a mi entender, se vulnera el principio de igualdad de los oferentes en tanto se consideren en la evaluación de las propuestas, extremos no previstos en las bases del llamado.

Cabe destacar que en virtud de que el procedimiento mereció la observación por parte del Tribunal de Cuentas por diversas causales, el Ordenador del gasto dispuso revocar el acto administrativo de adjudicación, dejando sin efecto el procedimiento efectuado.

Otro caso se produjo en el ámbito de una Licitación Pública N° 2014-51-10987, convocada por el Ente Autónomo denominado Banco República, cuyo objeto era la adquisición de equipamiento informático, microcomputadoras, puestos de trabajo y portables.

En el caso, se consideraron los incumplimientos contractuales de los oferentes cuando ello no había sido previsto en las bases que rigieron el llamado.

Al respecto, el Tribunal de Cuentas por Resolución N° 2004/16 dictada en Sesión de fecha 8 de junio de 2016 observó el gasto, expresando:

“CONSIDERANDO: 1) *que el Art. 19 de la Memoria Descriptiva que rigió el llamado, dispuso que la evaluación de las ofertas para cada rubro se realizaría mediante los siguientes factores:*

a) Calidad tecnológica: 60 %

b) Condiciones económicas: 35 %. Únicamente a efectos comparativos el cálculo financiero de toda la solución se realizará tomando el valor tiempo del dinero con una proyección a 5 años. Se evaluará el importe actual de los flujos de caja proyectados, los cuales se descontarán a una tasa (TE) que se fija en un 7% efectivo anual (solo a efectos comparativos). El precio comparativo final para cada oferta se calculará de la forma que se indica.

c) Plazo de entrega: 5 %;

“2) *que la existencia de incumplimientos contractuales no fue prevista como requisito de admisibilidad ni como factor de evaluación, por lo cual no puede introducirse posteriormente como exigencia en la etapa esencial del*

procedimiento, tal como ocurrió en la especie, ni como elemento a ponderar a efectos de comparar propuestas”

Otro caso se produjo en el procedimiento de Licitación Pública No. 2/2020, conovcado por la Administración Nacional de Educación Pública – Consejo de Educación Inicial y Primaria, para la adquisición de útiles escolares y material didáctico.

En dicho caso, se consideraron aspectos de los útiles escolares y el material didáctico que no estaban previstos en las bases del llamado, con las consecuencias que ello genera.

El Tribunal de Cuentas, por Resolución No. 1326/2020 de fecha 1º de julio de 2020, observó el gasto, expresando que:

“CONSIDERANDO 3) *que ... la Comisión de Material Didáctico y Fungible que analizó las referidas muestras - cuyo examen fue avalado por la Comisión Asesora de Adjudicaciones - contravino lo dispuesto por las bases del llamado, por un lado excediendo, en su ámbito de estudio, los parámetros objetivos establecidos en el Pliego, y asimismo descartando ofertas que cumplieran con lo requerido en el mismo;*

4) *que en el primer caso, la referida Comisión realizó consideraciones en cuanto a la calidad de las muestras, por fuera de lo exigido por el Pliego, que determinaron la inadmisibilidad de ofertas. En efecto, la Comisión de Materiales Fungibles no admitió algunos productos ofertados por las empresas... fundado en razones tales como: “no cumple, es muy líquida” (ítem 6), “no cumple, se desgrana” o “no cumple, se pega y se deshace” (ítem 7), “no cumple, no tiene textura de dácilo tèmpera” o “no cumple, es muy líquida para su utilidad” (ítem 8), “no cumple, el rojo pinta naranja” (ítem 9), “no cumple, claro y fino el trazo no permite la lectura a distancia” (ítem 10), “no cumple, pintura roja muy entonada, tiende al color negro” (ítem 11), “no cumple, muy fino el trazo” (ítem 15) y “no cumple, muy dura no permite correcta manipulación de los niños” (ítem 16);*

5) *que la evaluación de las muestras debió realizarse estrictamente en función de lo requerido en el objeto del llamado (artículo 2 del Pliego), por lo que se contravino lo dispuesto por el artículo 65, inciso final del TOCAF que preceptúa que se deberá juzgar los antecedentes de los oferentes y el contenido de las ofertas en*

*base a los criterios objetivos que se determinen en los pliegos. **Si determinados requisitos de calidad se entendían esenciales para la admisibilidad de ofertas, debieron establecerse previamente en las bases del llamado como condiciones especiales o características técnicas requeridas;***

6) que asimismo tanto la referida Comisión, como la Comisión Asesora de Adjudicaciones contravinieron lo dispuesto en las bases del llamado al declarar inadmisibles ofertas que debieron ser admitidas en el procedimiento. Tal fue el caso del análisis del gramaje de los ítems 1 a 3 (cuadernos y cuadernolas). La Comisión de Material Didáctico y Fungible, expresó que en relación con el estudio y pesaje de los mismos, aquellos gramajes que superaran el tope establecido no generaban un perjuicio para la Administración y sí en los casos en que fuera inferior. Ello condujo a la inadmisibilidad de una oferta para los ítems 1 a 3, cuyo gramaje fue de 57 g/m², siendo que para dichos ítems, el Pliego requería un gramaje de “60/70 grs/m² aproximadamente”, extremo que la oferente cumplió...”

Un obrar como el descrito vulnera la competencia justa, a la vez que socava la igualdad en todos sus términos, erigiéndose el obrar de la Administración en arbitrario, contrario a la buena administración.

➤ ***Falta de aplicación de los criterios de adjudicación.***

En Uruguay se prevé la actuación preceptiva de Comisiones Asesoras en los procedimientos competitivos que superen determinado monto, siendo los órganos que asesoran mediante sus dictámenes, al jerarca que debe decidir.

Se advierte la existencia de variados casos en los cuales la Comisión Asesora no aplica los criterios previstos. Ejemplo de ello lo constituye la situación que se produjo en el desarrollo de la Licitación Pública No. 25/2019, convocada por el Servicio Descentralizado denominado Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), cuyo objeto era la prestación del servicio de limpieza con hasta 4.450 horas mensuales y mantenimiento de áreas verdes con hasta 50 horas mensuales.

Resulta relevante la lectura de dicho caso, puesto que implicó que el Tribunal de Cuentas no sólo observara el gasto por contravención a la legalidad, sino que dicho órgano de control también decidió oficiar a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, a efectos de que tomara conocimiento de presuntas prácticas anticompetitivas relacionadas con un presunto pacto colusorio, extremo que se analiza en el Capítulo correspondiente de este trabajo.

En lo relativo a los criterios de selección, el Pliego de Condiciones Particulares que rigió el llamado dispuso en su Artículo 10:

“Evaluación de las ofertas y adjudicación. Requisitos mínimos: La adjudicación se realizará a la oferta de menor precio que cumpla con la totalidad de los requisitos mínimos exigidos, teniendo en cuenta la viabilidad económica de la propuesta en cuanto a costo del servicio (aportes, jornales, materiales, gastos de administración, utilidad en caso de corresponder de acuerdo a la forma jurídica, etc.)”

En el caso, el TC por Resolución No. 928/2020 del 29 de abril de 2020 observó el gasto, expresando:

*“**CONSIDERANDO 2)** que la Administración omitió realizar el análisis de viabilidad económica de la propuesta adjudicada, vulnerando lo dispuesto en la referida Cláusula del Pliego de Condiciones Particulares;*

3) que asimismo, la referida Cláusula establece como requisito “No contar con antecedentes de reiterados incumplimientos (previsto en el capítulo “incumplimientos”) o un incumplimiento de suma gravedad que hubiera motivado la rescisión del contrato”;

4) que el término “reiterados” a que refiere el Considerando precedente no resulta objetivo, impidiendo la ponderación y en su caso la descalificación de los oferentes;

*5) que la Comisión Asesora de Adjudicaciones sugiere contratar con la Cooperativa Integral Social de Servicios en virtud de ser “la oferta más barata y presentó toda la documentación en regla, **aparte que estamos conformes con el servicio que cumple en el Hospital actualmente**”;*

6) *que asimismo la Comisión Asesora se limitó a señalar a quien correspondía adjudicar sin ingresar en el análisis de las demás ofertas recibidas;*

Surge del caso expuesto que no se aplicaron los criterios de adjudicación, no evaluando cada oferta, introduciendo incluso elementos ajenos al procedimiento, como ser que se encuentran conformes con la prestación actual del proveedor, extremo que de ninguna forma puede alterar el análisis de las ofertas.

Otro caso relevante se produjo en el procedimiento de Licitación Pública No. 1/2020, convocado por la Facultad de Química de la Universidad de la República para la contratación de un servicio de limpieza en sus instalaciones. En el caso, no se respetaron los criterios de selección previstos en el Pliego de Condiciones Particulares.

Por ello, al ser remitidas las actuaciones a control, el Tribunal de Cuentas, por Resolución No. 722/2021 de fecha 14 de abril de 2021 observó el gasto, expresando:

“CONSIDERANDO: 1) *que el artículo 48 literal C) del TOCAF preceptúa que los pliegos particulares deberán contener “Los criterios objetivos de evaluación, en un balance acorde al interés de la Administración de elegir la oferta más conveniente y la garantía en el tratamiento igualitario de los oferentes...”. Y el artículo 65 del mismo cuerpo normativo, establece que la Administración -en la etapa de evaluación de ofertas y para determinar aquella más conveniente a los intereses del estado- deberá tener en cuenta “...los factores de evaluación cuantitativos y cualitativos aplicables en cada caso, que deberán constar en el pliego de condiciones particulares”, debiendo “C) Juzgar los antecedentes de los oferentes y el contenido de las ofertas en base a los criterios objetivos que se determinen en los pliegos”;*

2) *que en el presente caso, la Administración optó por determinar los factores de evaluación conforme al artículo 48 literal C) numeral 1) del TOCAF (determinación de diversos factores cuantitativos y cualitativos de evaluación y ponderación de cada uno de ellos). En efecto, el artículo 13 del Pliego*

de Condiciones Particulares estableció 4 factores para evaluar las ofertas a efectos de determinar la más conveniente (Precio = 50 puntos, Cantidad de operarios = 20 puntos; Antecedentes = 20 puntos; Equipamiento y seguridad = 10 puntos), valorándose las ofertas ítem por ítem;

3) que no obstante, la Comisión Asesora se apartó de los criterios establecidos en el propio Pliego al considerar como más conveniente a la oferta de Pulso SRL para los ítems 1 y 2 - siendo que la misma obtuvo el tercer puntaje en el orden de prelación para dichos ítems - **desvirtuando el sistema de evaluación preestablecido, al considerar como decisivo exclusivamente uno de los factores de evaluación (cantidad de operarios)**, que representaba solamente la quinta parte del puntaje total. Idéntico apartamiento se produjo al proponer la adjudicación de los ítems 4 y 5 (en los que Pulso S.R.L. tampoco fue la mejor puntuada) en base a un criterio que no estaba contemplado en las bases, como ser el de las “razones de organización logística”;

4) que **la Administración no puede modificar los criterios de evaluación de las ofertas establecidos en el Pliego de Condiciones;**

5) que, por tanto, se contravino lo dispuesto por el artículo 65 del TOCAF, el artículo 13 del Pliego de Condiciones Particulares, así como principios en materia de contratación administrativa, como el de igualdad de oferentes (Artículo 149 literal B del TOCAF) y el principio de estricto ajuste a los pliegos de condiciones, corolario del anterior;”

De esta forma, surge que el Organismo no respetó los criterios de selección previstos en las bases del llamado, desvirtuando todo el sistema de contratación pública, debiéndose destacar que es tan grave no establecer los criterios adecuados en el Pliego de Condiciones Particulares, como establecerlos y no cumplirlos.

❖ **Conclusiones generales sobre los criterios de selección**

En este estado, es posible esgrimir ciertas **conclusiones respecto de los criterios de selección**. Así, la determinación de los criterios de selección con

carácter objetivo, tutela la libre competencia, en tanto permite a los agentes del mercado, competir en los procedimientos de contratación regidos por pautas dotadas de claridad, lo que implicará la ecuanimidad e imparcialidad para la selección del co-contratante.

Cabe destacar que una vez que la Administración ha fijado los criterios de selección, no puede posteriormente, durante la etapa esencial del procedimiento, modificarlas a su antojo, introduciendo nuevos elementos de ponderación.

Se han dirimido diversos casos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), entre los que se encuentran aquellos en los que se ha anulado el acto administrativo que dispuso la adjudicación, cuando se ponderaron criterios de selección no incluidos en los Pliegos de Condiciones, como ser, servicios post-adquisición no previstos. 221

La Administración cuenta con amplias facultades para redactar los Pliegos de Condiciones, determinando aspectos de procedimiento y del contrato que se celebrará, siempre respetando las normas jerárquicamente superiores así como los principios imperantes en la materia.

No obstante, cabe destacar que una vez ejercida esa facultad de carácter amplio por la que establece las bases y especificaciones del llamado queda ceñida a ellas, no pudiendo modificarlas posteriormente antojadizamente, ya que de lo contrario vulnera los principios de la contratación, así como los postulados de la libre competencia.

La no previsión de los criterios en las bases del llamado en los términos previstos en el TOCAF, no se soslaya ni se minimiza el impacto del incumplimiento por la circunstancia de que al procedimiento se presente un único oferente.

En este sentido, se destaca lo indicado por el TC, en tanto, por Resolución No. 768/18 del 28 de febrero de 2018, dictada al controlar el procedimiento de Licitación Abreviada N° 05/2017 convocado por la Dirección General de los

221 En este sentido, **Sentencia TCA N° 12** de 3 de diciembre de 1999, entre otras.

Servicios de las Fuerzas Armadas, para la contratación del servicio integral de vigilancia y limpieza en el área del Parador Tajés, expresó:

“Los Pliegos no se formulan para que comparezca un solo oferente, siendo tal extremo eventual; por el contrario, el principio de concurrencia es la regla y, por tanto, las imprevisiones del Pliego vician el procedimiento con independencia de cuántos oferentes comparezcan al llamado;”

Por último, cabe señalar que es tan ilegítimo no prever criterios en las bases del llamado o establecerlos pero en contravención a las normas, que fijarlos adecuadamente desde el inicio y luego no cumplirlos, ya que todo ello corroe la imagen de la Administración, vulnerando en forma flagrante los principios que rigen en la materia.

ii) ESPAÑA.

En España, la LCSP requiere que se establezcan los criterios de evaluación, considerando la procura de obtener la mejor relación calidad – precio, como hemos analizado en el Capítulo correspondiente.

La práctica administrativa en estos temas es muy vasta, debiéndose destacar que existen múltiples pronunciamientos del TACRC donde se expide en relación a los criterios de selección. En este sentido, se advierten – entre otras - las siguientes posturas:

- ***Los criterios de evaluación deben permitir cualificar las ofertas y no los requisitos de los licitadores.***

PROCEDIMIENTO EFECTUADO	PRONUNCIAMIENTO	TEXTO
Licitación convocada por el Ayuntamiento de Sagunto para contratar el	TACRC	La empresa recurrente sustentó la improcedencia de configurar los certificados de calidad y de

<p>suministro denominado <i>“Equipamiento informático: Lote 1, actualización tecnológica de puesto de trabajo; Lote II, licencias de software; y Lote III, material informático.</i></p>	<p>Resolución No. 786/2019 11 de julio de 2019</p>	<p>cumplimientos de normas de gestión ambiental y de seguridad como criterios de adjudicación de los contratos del Sector Público. Al respecto, el TACRC expresó que: <i>“los aspectos medioambientales o sociales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca, lo que no ocurre cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental , social o corporativa de la empresa proscritas como criterios de adjudicación (Directiva 24/2017 Fund. 97) y no las características intrínsecas de la concreta prestación, todo lo cual debe conllevar la estimación del recurso respecto de esta alegación, de acuerdo con la doctrina tradicional de este Tribunal.”</i></p>
<p>Licitación convocada por el Servicio de Salud Murciano para contratar el</p>	<p>TACRC Resolución No. 365/2021</p>	<p>Estima el recurso en cuanto al criterio de adjudicación referido en la Cláusula 8.3.1 apartado</p>

<p><i>“Acuerdo Marco para el Suministro de somatropina (DOE) inyectable”.</i></p>	<p>9 de abril de 2021</p>	<p>A.3, disposición que valora que la empresa disponga de un sistema de gestión medioambiental que acredite compromisos medioambientales, enumerándose a modo ejemplificativo algunos de variado signo. Al respecto, se expresa que:</p> <p><i>“...cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental de la empresa, no estamos ante la valoración de características de la prestación en sí misma considerada de modo que permita una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato y ello porque estos requisitos no repercuten de tal modo en el resultado de la concreta prestación, en su calidad intrínseca, ya que se predicen de la empresa y no de la oferta o propuesta que el licitador formalice. Los criterios de adjudicación han de cualificar las ofertas propuestas y no los requisitos de los licitadores.</i></p>
---	---------------------------	---

		<p><i>El disponer de políticas de gestión medioambiental viene referido en la cláusula impugnada a las condiciones subjetivas de los licitadores, requisitos que cualificarían subjetivamente al licitador pero que no se encuentran vinculadas ni cualifican directamente el concreto objeto de la prestación contratada.”</i></p>
--	--	---

➤ **Los criterios de evaluación deben respetar las previsiones normativas.**

En todos los casos, la Administración contratante al formular las bases del llamado debe respetar las previsiones normativas.

En ese sentido existen múltiples pronunciamientos del TACRC, como ser el emitido por Resolución No. 565/2020 de fecha 23 de abril de 2020, en el ámbito del recurso interpuesto contra los pliegos que han de regir el contrato de “servicio de vigilancia, salvamento y socorrismo en la playa de Cala Millor del término municipal de Sant Llorenç des Cardassar”, convocado por el Ayuntamiento de el Sant Llorenç des Cardassar.

En el caso, se previeron de la siguiente forma los criterios de evaluación:

“Los criterios que sirven de base para la adjudicación del contrato, en relación con cada lote objeto de licitación por separado, in por orden decreciente de importancia con arreglo a la siguiente ponderación, son:

Criterio Ponderación

1.Proposición económica..... 90 puntos.

2.Proposición evaluable mediante la aplicación de fórmulas..... 10 puntos.

B. FORMA DE EVALUAR LAS PROPOSICIONES

Las fórmulas para la valoración de las proposiciones o el modo en que se valoran respecto a los criterios de adjudicación es el siguiente:

B1. PROPOSICIÓN ECONÓMICA (máximo 90 puntos)

La empresa licitadora con la proposición económica más baja obtendrá la máxima puntuación, es decir, 90 puntos y, por lo que respecta al resto de empresas licitadoras, su puntuación se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$E = D * (A/B)$$

E = Puntuación obtenida por la empresa X

D = Puntuación Máxima

A= Importe proposición económica más baja

B = Importe proposición económica presentada por la empresa X

Las proposiciones que no supongan ninguna mejora respecto al presupuesto base de licitación obtendrán 0 puntos del presente apartado.

Se tomará como referencia el importe de las proposiciones económicas en sí mismas y no el importe de la baja que supongan respecto al presupuesto de licitación.

La proposición económica se presentará mediante el modelo establecido en el anexo I del presente pliego de cláusulas administrativas particulares.

B2. PROPOSICIÓN EVALUABLE MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS (10 puntos)

La empresa licitadora deberá presentar una declaración firmada en la cual de manera clara y precisa se comprometa a ejecutar la siguiente mejora:

Organización, difusión, promoción y desarrollo con personal cualificado propio o contratado de ponencias o conferencias sobre salvamento y seguridad en las playas, bajo las siguientes condiciones: ...”

El TACRC grafica la situación de la siguiente forma:

- “se trata de una oferta de evaluación automática que consta de dos partes, la primera de carácter económica, con 90 puntos, y la segunda de carácter técnico,

pero también evaluable con fórmula o de manera automática: si ofertan una mejora definida en el pliego, obtendrán 10 puntos.”

- “Estima el recurrente que esta distribución de la puntuación vulnera lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP que señala:

“4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146”.

En dicho artículo 146 se refiere a la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor por un comité de expertos que no resulta de aplicación al presente caso.”

En el caso, el TACRC estima el recurso por entender que “la limitación prevista en la Ley ha sido conculcada por esta cláusula y deberá estimarse en este punto el recurso, anulándose la misma y estableciendo una ponderación que respete el 51% mínimo exigido a los criterios relativos a la calidad de la oferta. Debe rechazarse el argumentaría presentado por el órgano de contratación, ya que estima este Tribunal que la calidad es un extremo siempre predicable de cualquier servicio que vaya a prestarse y siempre podrán establecerse en mayor o menor medida parámetros para poder evaluar la misma.”

- ***Los criterios de evaluación deben referir a la comparación de las ofertas y no a la exclusión del proponente en el procedimiento.***

Quando se determinan los criterios de selección debe tenerse presente que los mismos necesariamente referirán a aspectos comparativos, que permitan por ende seleccionar la oferta más adecuada.

Resulta imprescindible que dicho aspecto esté claro ya desde la etapa preparatoria, pues se advierten múltiples pronunciamientos de órganos de control que detectan que la Administración excluye a proveedores del procedimiento por aspectos que sólo debieron incidir en la ponderación y comparación.

Encontramos un ejemplo de ello en el pronunciamiento del TACRC, que por Resolución No. 529/2023 de fecha 27 de abril de 2023 se expidió ante el recurso interpuesto por una empresa proveedora por su exclusión en el procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco relativo al mantenimiento integral de equipos de electromedicina y de ámbito sanitario para UCO, sanitarias del Ejército del Aire”, convocado por la Dirección de Adquisiciones del mando de Apoyo Logístico del Ejército del Aire.

En dicho pronunciamiento, el TACRC estimó el recurso interpuesto disponiendo la retroacción del mismo al momento anterior a la actuación impugnada, al entender que la contratante excluyó a la empresa del procedimiento ante un aspecto que refería a su valoración en el ámbito de aplicación de los criterios de selección, pero que no era exigencia de admisibilidad de la propuesta.

Al respecto, el TACRC expresó:

“...en atención a su condición de criterio de adjudicación, su incumplimiento sólo conllevaría la obtención por ese criterio de “0” puntos, de modo que no se impide la valoración de la oferta de la recurrente, lo que abunda en la estimación del recurso...”

De esta forma se advierte que, al momento de determinar los criterios de selección en las bases, debe tenerse presente que dichos criterios permitirán comparar las propuestas presentadas, sin ello implicar la exclusión del oferente, en tanto haya dado cumplimiento a las previsiones normativas.

❖ **Conclusiones generales sobre los criterios de selección**

En este estado, es posible esgrimir ciertas **conclusiones respecto de los criterios de selección**. En el caso español también la determinación de los criterios de selección debe ser de carácter objetivo y tutelar la libre competencia.

Existen previsiones normativas muy específicas en la LCSP respecto de los criterios aplicables, los cuales deben ser aplicados considerando asimismo los principios de la contratación.

Es importante destacar que el TACRC hace especial hincapié en los fundamentos que los órganos de contratación efectúan para sustentar su proceder en cada caso, siendo elementos que se consideran al momento de adoptar una decisión, de lo que surge la importancia de la motivación de las decisiones administrativas.

IX.8.- UTILIZACIÓN ABUSIVA O IMPROPIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA.

Como hemos analizado, en los diversos países se establecen hipótesis en las que opera la posibilidad de proceder a la contratación directa, por lo cual se puede proceder a la selección del co-contratante sin puja ni contienda entre agentes del mercado.

Es frecuente advertir que en varios casos se acude a ese obrar de excepción que implica que no se realice un procedimiento competitivo, mediante un falseo de la situación, tal como se ha dado a los efectos de aplicar en varios países americanos la excepción de urgencia o emergencia.

En efecto, tal como señala la doctrina argentina, muchas veces ese estado de emergencia no es tal, o bien la urgencia es provocada por los funcionarios actuantes para proceder por esta vía de excepción.²²²

Por otra parte, en ocasiones se contrata en forma directa sin expresar fundamento alguno para sustentar tal proceder, por lo que no puede acreditarse la existencia de una norma jurídica que avale tal obrar.

²²² Cfr.: COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula. "Delitos en las contrataciones públicas", Ed. AD HOC, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Setiembre de 2012, Págs. 106 – 108.

Como han señalado **Miguel Ángel IGLESIAS y Teresa MEDINA ARNÁIZ**:
“es en el momento de la selección del contratista cuando se produce el mayor número de irregularidades” ²²³

Los autores nombrados brindan ejemplos ocurridos en España que los lleva a realizar la afirmación que se transcribe, destacando el llamado caso Roldán, en el que, tal como surge en las actuaciones judiciales tramitadas²²⁴, durante su mandato como Director General de la Guardia Civil, el funcionario adulteró el mecanismo legalmente previsto para la contratación pública de las obras a realizar en dicho Organismo, abusando del sistema de adjudicación directa.

El mismo decidía previo a la formalización de los expedientes de contratación las adjudicaciones de obras, siendo que la instrumentación de los procedimientos únicamente operaban como cobertura de la decisión que había adoptado de antemano, exigiendo como contraprestación a las empresas constructoras el pago de una comisión consistente en un porcentaje sobre el importe de la adjudicación.

En Uruguay se han dado casos de contravención a la normativa vigente en el sentido indicado.

Ejemplo de ello lo constituye un caso donde se efectuó una Compra Directa invocando causal de excepción para la celebración de un Convenio entre el Ministerio del Interior, la Intendencia Departamental de Tacuarembó y una sociedad anónima del derecho privado (proveedor agente del mercado). El objeto de la contratación consistía en la adquisición de productos para el abastecimiento de los establecimientos carcelarios de los Departamentos del interior del Uruguay, fuera de la capital del país.

223 IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y MEDINA ARNÁIZ, Teresa. “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Décimo Año, Tomo II, Ed. Konrad Adenauer, Año 2004, Pág. 923.

224 Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, dictada el 21 de diciembre de 1999.

Remitido el expediente a control del **Tribunal de Cuentas**, éste, por Resolución de fecha 18 de marzo de 2016, dispuso observar el gasto al entender que se vulneró la legalidad, expresando:

“CONSIDERANDO 1) *que de acuerdo con lo establecido por el Artículo 33 del TOCAF, las contrataciones se realizarán mediante Licitación Pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto de acuerdo con lo que mejor se adecue al objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente;*

2) *que el inciso segundo, prescribe que, no obstante, podrá contratarse: C) Directamente o por el procedimiento que el Ordenador determine por razones de buena administración, en los casos de excepción que se determinan en los numerales siguientes;*

3) *que no consta en las actuaciones, antecedentes que acrediten la realización de un procedimiento de Licitación Pública u otro procedimiento competitivo, así como tampoco, elementos que hagan encuadrar la contratación remitida, en alguna de las causales de excepción previstas en la normativa citada;”*

Ante ello, un proveedor particular manifestó haber tomado conocimiento de lo ocurrido en ocasión de acceder al sitio web del Tribunal de Cuentas, detectando el pronunciamiento adoptado por dicho Organismo Estatal, mediante el cual se observó el convenio referido. En consecuencia, recurrió el acto administrativo y ante la denegatoria, promovió proceso contencioso administrativo de anulación.

El TCA se expidió por Sentencia No. 666/18 de fecha 18 de diciembre de 2018. Tal como surge de dicho fallo, el demandado expresó que el proveedor que promovió el proceso carecía de legitimación activa, ya que:

“no acreditó haber sido proveedora del Ministerio del Interior y no participó del procedimiento de compra, por lo que no resulta ser titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto en cuestión. En la tesis de la demandada, la actora sólo podía tener una expectativa de participar en dicho proceso.”

El TCA no acogió tal planteo, expresando:

“La accionante acreditó en autos que es proveedora del Estado de distintos tipos de víveres secos (en especial, fideos) y que ha participado en distintos llamados desde

el año 2007 en adelante para la adquisición de tales productos por parte de la UCAA, a efectos de satisfacer la demanda de diversos organismos estatales... Por tanto, la compareciente, en su calidad de proveedora del Estado de productos que podrían considerarse incluidos dentro de la compra directa cuestionada, es titular de un interés calificado que se vio afectado por la resolución impugnada, al no instituirse un procedimiento competitivo de adquisición que le hubiese permitido postularse válidamente como oferente.”

Es compartible lo señalado por el TCA al respecto, que en la Sentencia mencionada continúa expresando:

*“Sobre el particular, cabe remitirse a lo consignado por la Corporación en sentencia No 427/2018: “(...) Como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA, la parte actora debe encontrarse en una determinada relación previa con un acto o disposición administrativa, que haga legítima la presencia de un determinado sujeto en el concreto proceso en que se impugna ese acto o disposición. Esa relación sujeto-objeto en que consiste la legitimación, juega, pues, como una condición o presupuesto subjetivo de la admisibilidad de la pretensión, impidiendo, en los casos en que falte, entrar a decidir sobre la cuestión de fondo objeto de la litis (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Curso de Derecho Administrativo”, T. II, Ed. Civitas, Madrid, 1981, Pág. 532). **En el casus, la accionante ha logrado acreditar haber sido adjudicataria, en sendos llamados realizados por la Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCCA), para la adquisición de Fideos Secos, a efectos de satisfacer la demanda de diversos Organismos desde el año 2007 en adelante”***

Todo lo indicado nos lleva a concluir que un proveedor que no participó de una contratación, como sucedió en el caso, se encuentra en una situación jurídica subjetiva de interés directo, personal y legítimo, lo que le otorga legitimación para promover un proceso con el objeto de solicitar la nulidad de un acto administrativo y de esta forma puede ejercer uno de los tipos de control particular previstos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el TCA expresó:

“De manera que la pretensora ostenta un interés directo personal y legítimo, que le permite contender para que se ejercite un contralor jurisdiccional sobre la legitimidad del obrar administrativo cuando realiza contrataciones, como en el caso, para la

*adquisición de alimentos (art. 309 de la Constitución de la República y art. 25 inciso primero del Decreto- Ley No 15.524). Y ello, por cuanto como ella esgrime, de haberse seguido el procedimiento debido, cumpliéndose con los principios que de regla rigen en esta materia (transparencia, publicidad, igualdad de los oferentes), debió habérsela tenido en cuenta como postulante válido y haberle permitido formular su oferta.”*²²⁵

Por otra parte, cabe indicar que contratar en forma directa sin norma habilitante compromete la responsabilidad de la Administración Pública actuante.

En cuanto a la responsabilidad civil, se destaca la Sentencia No. 140/207 de fecha 27 de octubre de 2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, por la cual se confirmó la Sentencia de Primera Instancia, por la que se condenó al pago del rubro pérdida de la chance en un 30% de las ganancias líquidas que obtuvieron los beneficiados por una compra directa realizada en condiciones similares a la anteriormente detallada.

En el pronunciamiento referido, el Tribunal de Apelaciones mencionado consideró en primer lugar, que existe legitimación por parte del accionante, señalando que:

“La conducta del Ministerio de Interior tipificó la “falla del servicio” al utilizar el mecanismo de la compra directa para comprar mercadería -pasta seca-fideos- cuando lo debía hacer a través de procedimientos competitivos, allí está el hecho ilícito. Su actuar devino ilegítimo al amparo del Artículo 33 del TOCAF”.

De esta forma, se hizo efectiva la responsabilidad civil del Estado al amparo de lo establecido en el Artículo 24 de la Constitución de la República de Uruguay, por entender que se configura falla del servicio en los casos en que se efectúan contrataciones directas sin norma que fundamente dicho accionar.

En virtud de lo analizado debemos concluir que un proveedor que podría haberse presentado en un procedimiento competitivo y no pudo hacerlo en tanto la

²²⁵ En igual sentido, el TCA se expresó en otros pronunciamientos, tales como ser las Sentencias No 428/2018 y 437/2018.

Administración actuante procedió en forma ilegítima a través del mecanismo de la compra directa, tiene legitimación para promover un proceso contencioso administrativo tanto de anulación como de reparatoria patrimonial, lo que ha sido refrendado por la jurisprudencia nacional.²²⁶

La Contratación Directa abusiva ha sido un aspecto que no ha pasado inadvertido para las autoridades de competencia.

En el Uruguay, la **CPDC** por Resolución N° 21/015 del 13 de marzo de 2015, dispuso:

“Emitir una recomendación no vinculante (Artículo 26 Literal F Ley 18.159), dirigida a las autoridades públicas que revisten el carácter de ordenadores de gasto, exhortándoles a utilizar de manera residual el procedimiento de contratación directa, sólo para casos excepcionales, recurriendo en general a procedimientos competitivos que permitan obtener los beneficios de la multiplicidad de ofertas y la libre competencia.”²²⁷

Es necesario advertir la magnitud de este obrar. La utilización de la contratación directa en los casos en que la misma no opera, implica un obrar contrario a la legalidad, siendo vulneradas las normas de conducta en la función pública por parte de aquellos que participen en la contratación de que se trate en un caso como el citado.

Ese proceder además contraviene otros postulados imperantes en materia de ética en la contratación, tales como ser la buena administración financiera y la

²²⁶ En ese sentido: **PINTO NERÓN, Ximena**. “Nulidad de los actos administrativos en los procedimientos de contratación del Estado”, publicado en “Actualidad y perspectivas en el Derecho Público”, AAVV, PATRITTI, Marcelo y PÉREZ NOVARO, César (Coord.), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2021, Págs. 713 y siguientes.

²²⁷ **Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia**. Resolución N° 21/015 del 13 de marzo de 2015, consultada el 12/6/15 en: http://competencia.mef.gub.uy/innovaportal/file/15033/1/resolucion_21_15_estudio_sobre_normativa_compras_publicas.pdf Ello se dispuso luego de la confección del Informe N° 15/05 del 12/3/15 por parte de sus servicios técnicos, donde, analizada la normativa y los datos de los procedimientos llevados a cabo en el país, se concluyó que *“Dadas sus características la contratación directa implica una restricción a la competencia, que dependiendo de cada caso podrá beneficiar o perjudicar a los consumidores y usuarios”,* siendo que *“Tanto en los hechos como a nivel normativo existe una clara tendencia hacia la contratación directa”*

eficiencia en la contratación, los que implican que los servidores públicos con tareas vinculadas a la gestión del patrimonio relacionado con los fondos públicos, deben ajustar su actuación a las normas de administración financiera aplicables, a los objetivos y metas previstos, al principio de buena administración, en lo relativo al manejo de los dineros o valores públicos y a la custodia o administración de bienes de organismos públicos.

En España, se advierte la existencia del Contrato Menor como una modalidad de la contratación directa que atiende a la cuantía del asunto. En efecto, el mismo se encuentra establecido en el Artículo 118 de la LCSP donde se prevé que únicamente procede en aquellos casos cuyo valor estimado resulte inferior a 40.000 Euros en caso de obras o de 15.000 Euros cuando se trate de contratos de suministro o de servicios en general.

Para la procedencia del Contrato Menor deben darse estrictamente los supuestos que la normativa prevé ya que de lo contrario se estaría recurriendo a contrataciones directas en forma abusiva.

Cabe señalar que la LCSP mantuvo esta figura pero estableció nuevos elementos. Al respecto, la **Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCon)**, dictó la Instrucción No. 1/2019 de fecha 28 de febrero de 2019 sobre Contratos Menores²²⁸. En la misma señaló que:

*“la entrada en vigor de la nueva ley no elimina la posibilidad de utilización de la contratación menor, pero la somete a nuevos requerimientos, debido a que el sistema de adjudicación directa propio de este procedimiento **choca de manera frontal con el principio de libre competencia**. La nueva regulación del contrato menor conserva todas las reglas existentes en la normativa precedente: Limitación económica, el plazo máximo de duración –un año– y la imposibilidad de ser prorrogado. Por tanto, la principal novedad en la figura del contrato menor, tras la entrada en vigor de la LCSP, es la que afecta a los cambios en la tramitación del expediente y la trascendencia que los mismos implican para los órganos de*

²²⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3281.pdf>

contratación en cuanto a las responsabilidades que puede suponer una inadecuada utilización de la contratación menor, incluso en la vía penal...”

La referida Instrucción resulta trascendente, puesto que brinda parámetros que otorgan seguridad jurídica, a la vez que procura que el Contrato Menor no se erija como una figura que se utilice abusivamente afectando la competencia.

En su Numeral II, bajo el acápite “El principio de competencia en el contrato menor. La justificación de la adjudicación directa”, la Instrucción de la Oficina preceptúa:

“De acuerdo con el principio de competencia, y como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente.

Si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos.

Las ofertas recibidas así como la justificación de la seleccionada formarán, en todo caso, parte del expediente.

De no ser posible lo anterior, deberá incorporarse en el expediente justificación motivada de tal extremo.”

Surge de lo expuesto que, para que la contratación menor prospere deben solicitarse tres presupuestos, y en todo caso resulta imprescindible la motivación que legitimará el accionar del contratante, todo ello en procura de la debida transparencia.

Vinculado con dicha temática, en ocasión de ser consultado por un medio de prensa gráfico sobre su opinión sobre la transparencia de la contratación pública en España, el Profesor **José María GIMENO FELIÚ** contestó:

“Es más transparente que antes, pero nos queda recorrido. El gran debate es el contrato menor, que es el más opaco, y muchas administraciones se niegan a usar

otros. El uso del electrónico obliga a rendir cuentas y avanza en una gestión pública más transparente... El problema son los contratos públicos de hasta 40.000 Euros en servicios y de hasta 15.000 en obras. Son contratos pequeños pero hay un uso excesivo, por su fragmentación y la adjudicación a redes clientelares. Debe ser corregido. La ley da instrumentos ágiles para que haya niveles de transparencia clara en la licitación y una rápida respuesta. Estamos muy acostumbrados a sistemas de adjudicación directa. Cuesta adaptarse.”²²⁹

Ese aspecto cultural mencionado influye muchas veces en que se aplique la contratación en forma directa en diversos países, como ser en los estudiados Uruguay y España. En efecto, se advierte que en múltiples ocasiones, ante una necesidad a satisfacer, los servidores públicos lo primero que analizan es la posibilidad de selección directa del cocontrante cuando en realidad, en aplicación de las normas y principios que rigen en la materia, el norte a seguir debe ser la competencia.

La contratación en forma directa está prevista en los diversos ordenamientos jurídicos en general para casos de montos pequeños, o bien en situaciones de excepción, siendo que en las situaciones que procede debe motivarse adecuadamente, siendo necesario que surja con claridad que se configuran los extremos para ello.

La utilización en forma inapropiada de la Contratación Directa muchas veces es consecuencia de la idiosincracia o incluso de la costumbre, por la capacitación y la sensibilización en este sentido resulta fundamental.

²²⁹ **GIMENO FELIÚ, José María.** Opinión recogida en publicación de fecha 22 de marzo de 2019 en el Periódico “Cinco Días”, consultado el 10 de mayo de 2023 en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/03/21/economia/1553187121_468826.html

IX.9.- FRACCIONAMIENTO DEL GASTO COMO ESCENARIO PROPICIO PARA FOMENTAR LA COLUSIÓN

La Administración debe planificar sus compras públicas y diseñar sus procedimientos de acuerdo a lo dispuesto en la normativa vigente y siempre teniendo como norte el abrir el juego a la competencia.

De esta forma, se debe evitar el fraccionamiento artificial ya que dicho obrar construye un escenario propicio para las prácticas anticompetitivas, en especial, colusorias.

Analizada la casuística surge que el Ministerio de Defensa Nacional en Uruguay convocó a dos procedimientos licitatorios con el objeto de adquirir tickets alimentación para atender necesidades de sus funcionarios.

Si ahondamos en los datos de ambos procedimientos, podemos esquematizar los extremos ocurridos de la siguiente forma:

	LICITACIÓN PÚBLICA No. 3/2014	LICITACIÓN PÚBLICA No. 2/2014
OBJETO	Adquisición de tickets alimentación para atender necesidades de la Secretaría de Estado y sus Unidades Ejecutoras.	Adquisición de tickets alimentación para la “Canasta de Fin de Año” con destino al personal de dicho Inciso.
ACTO ADMINISTRATIVO QUE APROBÓ EL LLAMADO Y EL PLIEGO DE CONDICIONES	No. 92.900 de fecha 29 de octubre de 2014	No. 92.901 de fecha 29 de octubre de 2014

PUBLICIDAD DEL LLAMADO	- Web de Compras Estatales con 6 días de diferencia entre ambos procedimientos. - Diario Oficial con 7 días de diferencia entre ambos procedimientos.	- Web de Compras Estatales con 6 días de diferencia entre ambos procedimientos. - Diario Oficial con 7 días de diferencia entre ambos procedimientos.
APERTURA DE OFERTAS	Diferencia entre ambos llamados de 8 días	Diferencia entre ambos llamados de 8 días
OFERTAS PRESENTADAS	- Sodexo S.A. - Launcheon Tickets S.A.	- Sodexo S.A. - Launcheon Tickets S.A.
COTIZACIÓN: COMISIÓN DE SERVICIO	- Sodexo S.A.: 5,8% - Launcheon Tickets S.A.: 4,75%	- Sodexo S.A.: 3,9% - Launcheon Tickets S.A.: 4,5%
REMISIÓN AL TRIBUNAL DE CUENTAS PARA CONTROL	18 de noviembre de 2014	3 de diciembre de 2014

Surge con claridad que el objeto de ambos llamados es idéntico (adquisición de tickets alimentación para funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional) y se planificaron en forma conjunta.

Prueba de ello lo constituye el dato concerniente a que los sendos actos administrativos que aprobaron el llamado y los respectivos Pliegos de Condiciones Particulares son de la misma fecha, fueron dictados por el mismo Ordenador (Poder Ejecutivo actuando en acuerdo, esto es, mediante la expresión de voluntad del Presidente de la República en acuerdo con el Ministro de Defensa Nacional), siendo que los números de Resoluciones adoptadas son correlativos.

Asimismo, se vislumbra la cercanía en las fechas de publicación de los respectivos llamados e incluso la proximidad en los momentos de remisión al Tribunal de Cuentas de los expedientes, a efectos de su control.

Al momento de expedirse, el Tribunal de Cuentas por Resolución de fecha 28 de enero de 2015 analizó los aspectos referidos y dispuso:

- **Observar el gasto**, al entender que:

- *“en las presentes actuaciones **se configura un fraccionamiento irregular del gasto**, por cuanto no se advierten las razones de hecho ni de derecho (ni el Ordenador las invoca) que ameriten la realización de dos Llamados separados con idéntico Objeto (aunque el destino del Objeto en ambos casos sea diferente, en cuyo caso se podrían haber establecido como ítems diversos del mismo procedimiento);”*

- *“...asimismo consta que en ambos Llamados se presentaron las mismas oferentes (Sodexo S.A. y Luncheon Tickets S.A.), modificando sus ofertas para ambas Licitaciones en una manera que no se adecua al Principio de Razonabilidad (Artículo 149 Literal C) del TOCAF);”*

- *“en el Llamado N° 3/2014 Sodexo ofertó una comisión de costo del servicio en un 5,8% de la emisión estimada (\$ 130:780.305), lo que equivale a \$ 7:585.257,69 más IVA; y en el Llamado N° 2/2014, cuya apertura se realizó 8 días después, ofertó una comisión de costo del servicio de un 3,9% de la emisión estimada (\$ 86:472.113), lo que equivale a \$ 3:372.412,41 más IVA;”*

- *“la variación de la oferta de Sodexo en la comisión por su servicio tuvo una reducción de un 32,7% en 8 días, siendo que el monto de emisión del último Llamado (N° 3/2014) era menor al anterior, y a la sazón, las más rudimentarias técnicas de economía indicarían aumentar la comisión, en vez de bajarla;”*

- *“en el llamado N° 3/2014 Luncheon Tickets S.A. ofertó una comisión de costo del servicio en un 4,75% de la emisión estimada (\$ 132:363.836), lo que equivale a \$ 6:287.282,21 más IVA, y en el Llamado N° 2/2014, cuya apertura se realizó 8 días después, ofertó una comisión de costo del servicio de un 4,5% de la emisión estimada (\$ 85:872.079), lo que equivale a \$ 3:864.243,56 más IVA;”*

- *“...aunque Luncheon Tickets S.A. baja su oferta para el Llamado N° 3/2014 en sólo un 5,2%, tampoco es razonable que baje su comisión cuando a la sazón la emisión de tickets es menor;”*

- **Comunicar a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia**, expresando:
 - *“el Artículo 4 de la Ley N° 18.159 (Ley de Defensa de la Competencia) establece: “(Prácticas prohibidas). Las prácticas que se indican a continuación, se declaran expresamente prohibidas, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el Artículo 2 de la presente Ley. La enumeración que se realiza es a título enunciativo. A) Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva [...] E) Coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados”.*²³⁰
 - *“las empresas oferentes en las Licitaciones son las únicas que prestan el servicio de tickets alimentación en nuestro país, con lo cual puede existir un abuso de su posición dominante con la finalidad de restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante (Artículo 2 de la Ley 18.159);”*

El caso analizado resulta emblemático por cuanto, más allá de que se hubiera producido o no la contravención a las disposiciones de promoción y defensa de la competencia, resulta relevante el obrar de la Administración actuante.

En efecto, el fraccionamiento irregular del gasto que ocurrió en el caso, **generó un escenario propicio para la colusión**, siendo ese puntualmente el objeto central que mereció la observación por parte del máximo órgano de control de la hacienda pública del Uruguay.

Ese obrar de la Administración contratante resulta ilegítimo por sí solo, con independencia de que efectivamente se hubiera producido o no una concertación entre los proveedores.

²³⁰ Cabe destacar que la Resolución del Tribunal de Cuentas es del año 2015, y por ende refiere a la normativa vigente en ese momento. Posteriormente, las disposiciones sobre prácticas prohibidas fueron modificadas normativamente, siendo que la colusión en la actualidad es una práctica prohibida per se, como se explicó precedentemente.

Debemos recordar que el Estado es el primero que debe ajustar su actuación a parámetros de defensa de la competencia, por lo cual es necesario que los servidores públicos sean conscientes de lo que generan las decisiones relacionadas con el determinación de los procedimientos de contratación pública y su diseño.

X.- ÉTICA, CORRUPCIÓN Y LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

X.1. ÉTICA PÚBLICA

Los servidores públicos se encuentran regidos por normas de conducta que regulan su obrar. Muchos de los mandatos normativos, contienen preceptos éticos de indudable trascendencia, debiendo replantearnos la vinculación entre los conceptos de moral, ética y derecho.

Así, debemos partir con la concepción de que la ética constituye una rama de la filosofía que estudia las normas y fundamentos de la conducta humana.

La moral, por su parte, es definida como aquello *“perteneiente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal...”*²³¹

Si bien, como surge de lo anteriormente expuesto, ética y moral son términos conceptualmente diversos, se encuentran íntimamente relacionados, por lo que resulta imprescindible referir a ellos.

Tal como señala el Profesor **Jaime RODRÍGUEZ ARANA**, hablamos de ética pública para referir a la *“ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos”*, por lo que, *“en una palabra, la Ética de la función pública es la ciencia del servicio público”*²³²

Quienes desempeñan las labores para el Estado son denominados de diferentes formas según los regímenes jurídicos existentes a nivel mundial, siendo que se les ha llamado “funcionarios”, “empleados”, “agentes” e incluso servidores públicos, debiéndose destacar que este último término ha adquirido gran

²³¹ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado el 13 de abril de 2022].

²³² **RODRÍGUEZ ARANA, Jaime**. *“Sobre ética pública en la Administración Pública”*, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo IX, Montevideo – Uruguay, Año 2002, Pág. 59.

trascendencia en los tiempos actuales, por cuanto enfatiza en la noción del servicio que se presta, y no tanto en el desarrollo de las funciones.

Y es que todo aquel que brinda tareas para la Administración Pública se encuentra para servir, adquiriendo una trascendencia singular el concepto de vocación de servicio, el que debe ser el norte a seguir por cada trabajador en esta área.

El Profesor **Carlos DELPIAZZO** nos recuerda que el Artículo 2 del Reglamento uruguayo de procedimiento administrativo aprobado por Decreto No. 500/991, inspirado en el Artículo 103.1 de la Constitución española del año 1978 preceptúa que *“La Administración debe servir con objetividad a los intereses generales”*, de lo cual destaca dos aspectos:

“En primer lugar, la actividad administrativa – o sea, la de sus funcionarios – ha de desenvolverse con objetividad...”

*“En segundo lugar, la norma enfatiza en el elemento finalista ya que, naturalmente, la Administración es una institución servicial que no tiene, jurídicamente hablando, intereses propios sino que los fines que debe perseguir la trascienden”*²³³

Así, los servidores públicos son personas que deben conducirse exclusivamente en aras de la tutela del interés público, siendo necesario que se denote un comportamiento acorde con los postulados que exige la defensa de dicho interés, lo que se efectiviza, en primer término con el cumplimiento de los principios generales de derecho, prioritarios en cualquier ordenamiento jurídico.

Resulta trascendente además entender el rol que juega la percepción de la sociedad sobre la conducta de los servidores públicos. Las sociedades han advertido la importancia del comportamiento ético que deben asumir “sus” servidores, es decir, quienes prestan el servicio público, siendo que ha influido la globalización y el avance en los sistemas de información, a efectos de que la población sea consciente de la envergadura de las consecuencias de todo tipo -

²³³ **DELPIAZZO, Carlos E.** “Probidad administrativa”, publicación en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez”, AAVV, RUOCCO, Graciela y VÁZQUEZ, Cristina (Coordinadoras), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Enero de 2023, Págs. 759 – 760.

incluso económicas- que se han producido por los casos de corrupción que han ocurrido en los diferentes lugares.

X.2. NORMATIVA APLICABLE

Actualmente, existe la tendencia a nivel internacional así como en el ámbito nacional, a la adopción de normas que regulan la ética en la función pública.

El Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ** ha expresado que:

*“La dignidad de la persona humana pasa a ser el centro del sistema jurídico, las modernas Constituciones recogen valores y principios, se rechaza la separación del derecho y la moral y, en definitiva, la ética corre por las venas del derecho.”*²³⁴

Al fenómeno de recoger en normas jurídicas los principales postulados éticos se le ha llamado “juridización” o “positivización” de la ética pública.

El Profesor **Carlos DELPIAZZO** ha señalado al respecto:

*“Junto a la servicialidad, un segundo aspecto que hace a la perspectiva ética bajo consideración, es lo que antes de ahora he llamado “juridización de la ética pública”..., se está traduciendo en una suerte de codificación de reglas éticas (y su enseñanza a los funcionarios), así como la configuración de las conductas reñidas con la ética como faltas o delitos.”*²³⁵

Cabe señalar que en el ámbito internacional, se han dictado disposiciones de rango convencional, que han contado con gran consenso en diversos Estados. En lo interno, se destaca la inclusión de lo que podríamos llamar “normas éticas” en

²³⁴ **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Improbidad del funcionario público”. Jornadas de DGI, disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nQGAN91gNVIJ:https://www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload%3F2.4.1285.O.S.0.27940%253BS%253B1%253B108.+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=uy&client=safari>, consultado el 13/4/22, Pág. 1. El autor refiere al mismo concepto en “En torno al neoconstitucionalismo”, en **DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo.** LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, Pág. 20.

²³⁵ **DELPIAZZO, Carlos.** “Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones del derecho administrativo”, en Revista De Derecho UM, Vol. 20, Núm. 39, año 2021 (Montevideo – Uruguay), disponible en: <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.6>, Pág. 102.

Códigos que implican un alto grado de sistematización en materia de disposiciones jurídicas. Asimismo, se incluyen normas de dicho tenor en los diversos Estatutos que contienen el conjunto de derechos, deberes y garantías de los funcionarios públicos.

Por otra parte, en general se dictan disposiciones que regulan la integridad, imparcialidad y probidad de los servidores públicos actuantes con miras a consolidar la integridad como principio rector, específicamente en el ámbito de actuación que corresponda, sea que el funcionario se desempeñe en el desarrollo de función administrativa, legislativa o jurisdiccional del Estado.

X.3. POSITIVIZACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, es menester destacar la existencia de determinadas normas de fuente convencional que se han adoptado en materia de ética pública y régimen anticorrupción que refieren a la contratación pública. Entre ellas encontramos:

- **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (conocida como C.N.U.C.C., siendo su sigla en inglés U.N.C.A.C.):**

Dicha Convención fue suscrita inicialmente por 111 países en Mérida (México), del 9 al 11 de diciembre de 2003. Tanto España como Uruguay la adoptaron, por lo que rige en ambos países, de acuerdo al siguiente detalle:

PAÍS	SUSCRIPCIÓN	ADOPCIÓN
ESPAÑA	16 de septiembre de 2005	Instrumento de ratificación de fecha 9 de junio de 2006. Publicado en el Boletín Oficial del Estado el 19 de junio de 2006.

URUGUAY	9 de diciembre de 2003	Adoptada por Ley No. 18.056 de fecha 20 de noviembre de 2006. Publicada en el Diario Oficial el 1º de diciembre de 2006.
----------------	------------------------	---

Existe consenso en sostener que se trata del más amplio acuerdo existente a nivel internacional en materia de ética pública y lucha contra la corrupción, en virtud de que la ONU cuenta con más de 140 miembros en la actualidad.

Es una Convención extensa, pues consta de Preámbulo y 71 Artículos, donde se abarcan una gran cantidad de temas, como ser, políticas y prácticas de prevención de la corrupción, procura de aplicación de códigos y normas de conducta por parte de los diversos Estados, medidas en relación a la contratación pública y gestión de la hacienda pública, información pública, participación de la sociedad, etc.

El Artículo 63 de esta Convención prevé el establecimiento de una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos de la misma.

- **Convención Interamericana Contra la Corrupción (C.I.C.C.):**

Dicha Convención, suscrita en Caracas (Venezuela), el 29/3/1996, ha sido calificada por la doctrina como un verdadero tratado de Derechos Humanos²³⁶, destacándose su trascendencia en el ámbito americano.

La doctrina ha sostenido que estos claros objetivos consagran dos líneas de acción a seguir, la primera de las indicadas operará al interior de cada Estado,

²³⁶ **GORDILLO, Agustín.** "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo I (Parte General), 4a Edición, Buenos Aires – Argentina, Año 1997, Pág. XVI-7.

mientras que la segunda hacia el exterior, procurando la cooperación entre Naciones.²³⁷

El Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ** expresa que del texto del Preámbulo de la Convención se desprende que:

*“el combate a la corrupción no es un fin en sí mismo sino que con él se procura el mejor desarrollo de lo que Gros Espiell ha denominado el `derecho de vivir”*²³⁸

En su Artículo III, bajo el acápite “Medidas Preventivas”, la Convención establece que se procura crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

Cabe destacar la existencia del mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) que consiste en un instrumento intergubernamental establecido en el ámbito de la OEA a los efectos de apoyar a los Estados Parte del mismo en la implementación de las disposiciones de la C.I.C.C.²³⁹

Uruguay ha adoptado dicha Convención, mediante el dictado de la Ley No. 17.008 del 25 de setiembre de 1998, publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de octubre de 1998.

²³⁷ Cfr. **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto**. “Corrupción y Derechos Humanos. Aspectos de derecho administrativo”, publicado en “Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga”, Ed. AMF, Montevideo – Uruguay, Pág. 143 - 144.

²³⁸ **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto**. “Corrupción y Derechos Humanos. Aspectos de derecho administrativo”, publicado en “Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga”, Ed. AMF, Montevideo – Uruguay, Pág. 141.

²³⁹ El procedimiento que se sigue consiste en realizar “rondas” sucesivas donde se efectúan evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, que culminan con recomendaciones. El MESICIC no sanciona, sino que fortalece la cooperación entre los Estados.

X.4. NORMATIVA INTERNA.

Es necesario señalar que en gran cantidad de países las Constituciones Nacionales cuentan con disposiciones que denotan postulados éticos en materia de servicio público, lo que resulta trascendente por la jerarquía de sus normas.

Por otra parte, fundamentalmente a raíz de los compromisos asumidos en virtud de la aprobación y ratificación de las disposiciones internacionales, muchos países han adoptado normas en su ordenamiento interno, referentes a la ética en la función pública.

En **Uruguay**, se ha dictado – entre otras - las siguientes disposiciones:

- Ley N° 17.060 del 23 de diciembre de 1998 (Ley de Uso indebido del Poder Público, conocida como “Ley anticorrupción” o “Ley Cristal”).
- Decreto No. 30/003 de 23 de enero de 2003 que reglamenta las normas de conducta en la función pública.
- Ley N° 19.823 del 18 de septiembre de 2019 (Código de Ética en la Función Pública).
- Normas estatutarias, debiéndose tener presente que en Uruguay, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República rige un régimen de “estatutos múltiples”, por lo que dependiendo de adónde desempeña funciones el servidor público es el estatuto que le resulta aplicable. Dichos estatutos contienen normas de eminente carácter ético.
- Otras normas legales y reglamentarias.

Cabe señalar que el Código de Ética dictado por Ley No. 19.823, prevé en su Artículo 4 que sus disposiciones se aplican sin perjuicio de aquellas normas dirigidas a determinado funcionario o grupo de funcionarios públicos que prescriban exigencias especiales o mayores que las estipuladas en esta ley.

En consecuencia, el nóvel Código contiene un conjunto de disposiciones que conforman una base de preceptos éticos mínimos, siendo que pueden estable

En **España**, existen previsiones que atañen a la ética pública en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, adoptado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre de 2015.

En dicho cuerpo normativo se regulan principios básicos de actuación, como ser los previstos en el Artículo 1º, que bajo el acápite “Objeto” preceptúa:

“Este Estatuto refleja, del mismo modo, los siguientes fundamentos de actuación:

- a) Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales.*
- b) Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional.*
- c) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*
- d) Igualdad de trato entre mujeres y hombres.*
- e) Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.*
- f) Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos.*
- g) Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos.*
- h) Transparencia.*
- i) Evaluación y responsabilidad en la gestión.*
- j) Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas.*
- k) Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo.*
- l) Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público.”*

Como surge de lo expuesto, se comienza haciendo una referencia a la propia noción de servicio, y es que la Administración tiene ínsito dicho concepto en su propia naturaleza, requiriendo que los servidores públicos se ajusten a la legalidad, igualdad, imparcialidad, eficacia, transparencia y profesionalidad.

Dicho Estatuto establece su ámbito de aplicación, y en su Artículo 6 prevé el dictado de Leyes de función pública, que por su propia naturaleza contendrán preceptos éticos, en el siguiente sentido:

“En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas.

Por otra parte, cabe señalar que, tal como se analizará más adelante, mediante Ley No. 2/2023 de 20 de febrero de 2023, denominada “Ley de Protección de Informantes”, se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019.

Dicha Ley pretende tutelar a quien informa o alerta sobre situaciones indebidas, a la vez que fomenta esta conducta de alertar ante hechos irregulares, lo que resulta sustancial en materia de prevención de la corrupción y de altos estándares éticos.

Además, en España existen autores que han indicado que específicamente en materia de contratación pública se genera la adopción de normas éticas. En este sentido, el Profesor **Lorenzo MELLADO RUIZ**, ha señalado que con la actual LCSP se ha dado la *“positivización de la lucha contra la corrupción en el nuevo marco normativo sobre contratación pública”*²⁴⁰, destacándose la integridad como criterio rector.

Como vemos, existen diversas disposiciones en el ordenamiento jurídico español que contienen preceptos éticos y que procuran la lucha contra la corrupción.

²⁴⁰ **MELLADO RUIZ, Lorenzo.** “El principio de transparencia integral en la contratación del sector público”, publicado en “Monografías Alta Calidad en Investigación Jurídica”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia – España, Año 2017, Pág. 126.

X.5. PRINCIPIOS DE LA ÉTICA PÚBLICA APLICADOS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

X.5.1. INTEGRIDAD Y PROBIDAD

Como se indicó precedentemente, al analizar los principios se debe partir de un análisis de carácter conceptual.

Es por ello que debemos recordar que la integridad es definida como “*Cualidad de íntegro*”; siendo el término “*íntegro*”: “*Dicho de una persona: Recta, proba, intachable.*”²⁴¹

La probidad, por su parte, es comprendida como “*Honradez*”, definiéndose ésta como “*rectitud de ánimo, integridad en el obrar.*”²⁴²

Surge así que los conceptos referidos están relacionados. En efecto, el mismo concepto de probidad conlleva a la necesidad de que los servidores públicos sean íntegros, debiendo observar una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro.

Ser probo requiere ser honrado, recto, íntegro. Exige ser intachable y procurar la excelencia en el obrar, en el ámbito del cumplimiento de la vocación de servicio.

Como enseña el Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ**:

“Por oposición se puede extraer el concepto de improbidad. Es una conducta deshonesta, no recta, no íntegra. Implica también admitir cualquier provecho o ventaja, cualquiera sea su naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros en el desempeño de su función en desmedro del interés público. Implica además cualquier acción, en ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violación de las Normas de Conducta en la Función

²⁴¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [20 de abril de 2023].

²⁴² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [20 de abril de 2023].

*Pública, recogidas en ese decreto No 30/003, lo que comprende, por cierto, la violación de esas normas y no solo la apariencia de violación.”*²⁴³

De esta forma, la probidad también debe verificarse en la exteriorización de la conducta, extremo que será analizado más adelante.

Desde el punto de vista normativo, debemos indicar que la integridad como principio es reconocida en las Convenciones Internacionales en la materia, destacándose las siguientes disposiciones:

- **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.**
- Artículo 2: establece como una de las finalidades de la Convención, la de *“Promover la **integridad**, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.”*
- Artículo 5. Al referir a las políticas y prácticas de prevención de la corrupción, preceptúa que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la **integridad**, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.
- Artículo 8. Establece que, con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la **integridad**, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

²⁴³ **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Improbidad del funcionario público”. Jornadas de DGI, disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nQGAN91gNVIJ:https://www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload%3F2,4,1285,O,S,0,27940%253BS%253B1%253B108,+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=uy&client=safari>, consultado el 13 de abril de 2022, Pág. 7.

- **Convención Interamericana Contra la Corrupción.**

Artículo III. Los Estados Partes convinieron en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otras, normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Se estableció que estas normas estarían orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, configurando medidas que procuraban ayudar “a preservar la confianza en la **integridad** de los funcionarios públicos y en la gestión pública.”

Por otra parte, debemos indicar que la integridad se vincula en forma directa con el principio de buena administración, pilar en todo Estado de Derecho. Al respecto, el Profesor **José María GIMENO FELIÚ** ha expresado que:

“El objetivo de integridad – reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el Artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio).”²⁴⁴

A mi entender, el principio de integridad en la función pública como tal se erige como un principio general de derecho, siendo que en el derecho uruguayo

244 GIMENO FELIÚ, José María. “Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 262.

constituye fuente directa por imperio de lo establecido en el Artículo 72 de la Constitución.²⁴⁵

En efecto, la integridad de los servidores públicos puede caracterizarse como:

- Inherente a la personalidad humana, por cuanto los seres humanos en un Estado de Derecho otorgamos el poder para obtener la libertad, y por ende, es nuestro derecho el contar con servidores que desempeñen sus tareas cumpliendo con las máximas exigencias éticas y gestionen, administren y empleen los fondos públicos asignados para el bien común.
- Deriva de la forma republicana de gobierno, en tanto no podemos hablar de una República si no se desempeña la actividad estatal bajo parámetros de integridad, de servicio y de apego a la juridicidad. Bajo este concepto es que deben desarrollar sus tareas los servidores públicos, desde los que elige la población mediante el voto popular, hasta todo aquel que con carácter amplio, desempeñe función pública a cualquier título.

En el derecho español, se destaca la inclusión a texto expreso del principio de integridad en el Artículo 1.1 de la LCSP, de lo que se denota la trascendencia de este principio en materia de contratación pública.

La Profesora **Isabel GALLEGO CÓRCOLES** ha manifestado al respecto, que:

*“...el art. 1.1 LCSP enuncia los principios que rigen la contratación del sector público. Entre ellos, tal y como ha sido reiteradamente reclamado por nuestra mejor doctrina, aparece enunciado por primera vez el principio de integridad. Bien es verdad que la ubicación sistemática que se ha dado a este principio no está probablemente a la altura de su carácter vertebrador.”*²⁴⁶

²⁴⁵ El Artículo 72 de la Constitución uruguaya preceptúa: *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”*

246 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *“El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”*, publicado en *“Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 109.*

Sin perjuicio de las críticas que diversos autores realizan a la redacción de la norma que lo recoge, entiendo que el reconocimiento expreso de este principio en materia de contratación pública en España resulta trascendente, pues advierte de la importancia de la integridad específicamente aplicada a este ámbito de actuación estatal.

Cabe señalar que en Uruguay no se recoge a texto expreso en las normas del TOCAF el principio de integridad, lo que constituye un “debe” del ordenamiento nacional, sin perjuicio de que se aplican las normas genéricas de actuación de los servidores públicos que apuntan a un obrar íntegro, como surge de todo lo expuesto.

La importancia de la integridad ha sido puesta de manifiesto por el Consejo de OCDE, que ha emitido una Recomendación sobre contratación pública, en la que reconoce *“que toda medida que se aplique en aras del buen gobierno y la integridad en la contratación pública contribuye a una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos y, por ende, del dinero aportado por los contribuyentes;”*, e indica que la integridad:

“se refiere a que el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno”²⁴⁷

Dentro de las recomendaciones formuladas, el Consejo de OCDE hace hincapié en el fortalecimiento de la integridad como pilar. En ese sentido indica:

²⁴⁷ OCDE. Recomendación sobre contratación pública, consultada el 20 de marzo de 2023 en: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

III. RECOMIENDA que los Adherentes conserven la **integridad** del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación.

A tal fin, los Adherentes deberán:

i) Exigir que todas las partes interesadas actúen con un elevado grado de integridad a lo largo del ciclo de contratación. Sería útil para ello ampliar (por ejemplo, mediante pactos de integridad) el ámbito de aplicación de las normas que forman parte de los marcos legales o reglamentarios o de los códigos de conducta por los que se rigen los empleados del sector público (como los relativos a la gestión de los conflictos de interés, la revelación de información y demás normas deontológicas).

ii) Poner en práctica, en el conjunto del sector público, instrumentos de aseguramiento de la integridad y adaptarlos oportunamente a los riesgos concretos del ciclo de contratación (por ejemplo, a los riesgos especialmente elevados de las relaciones entre sector público y el privado, o a la responsabilidad fiduciaria en la contratación pública).

iii) Desarrollar programas de formación en materia de integridad dirigidos al personal de contratación pública, tanto del sector público como del privado, para concienciarles sobre las amenazas a la integridad, como la corrupción, el fraude, las prácticas colusorias y la discriminación, generar conocimientos sobre las posibles vías para hacer frente a estos riesgos y fomentar una cultura de integridad dirigida a prevenir la corrupción.

iv) Establecer requisitos, consistentes en controles internos, medidas de aseguramiento del cumplimiento y programas anticorrupción, dirigidos a los proveedores, incluido el oportuno seguimiento. Los contratos públicos deberán incluir garantías de exención de corrupción y llevar aparejadas medidas de comprobación de la veracidad de las declaraciones y garantías de los proveedores de que no participan en comportamientos corruptos en relación con el contrato y de que van a abstenerse de este tipo de conductas. Dichos programas deberán igualmente exigir el adecuado grado de transparencia en la cadena de suministro para favorecer la lucha contra la corrupción en la subcontratación; además, habrán de exigir que el personal de los proveedores recibe formación en materia de integridad.”

Surge así de manifiesto que la OCDE parte de la base de la integridad como principio rector en la contratación pública y para garantizarla establece algunos mecanismos a adoptar, debiéndose destacar que se hace referencia expresa a la formación en materia de integridad. En ese sentido, en especial menciona la formación para prevenir la corrupción y las prácticas colusorias, contrarias a la libre competencia.

X.5.2. IMPARCIALIDAD

La imparcialidad es definida como la *"falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud."*²⁴⁸

Usualmente los conceptos de imparcialidad y parcialidad se confunden, siendo que a diario advertimos el uso de los términos en forma errónea, incluso por los operadores del derecho.

Debemos recordar que ser parcial significa ser partícipe o mantener algún tipo de vinculación con algo o alguien. Pensemos por ejemplo cuando referimos a una parcialidad de un cuadro de fútbol, la que se encuentra conformada por sus seguidores, hinchas y quienes apoyan a la escuadra correspondiente.

Lo que se procura es justamente actuar sin ningún tipo de apego o vínculo, ya sea positivo o negativo, lo que requiere no ser parcial.

En efecto, se debe evitar ser parcial, lo que se obtiene fomentando un obrar neutral que implique no tomar parte ni estar vinculado de ninguna forma con quienes se encuentren relacionados en el tema objeto de dilucidación.

²⁴⁸ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado el 13 de abril de 2022].

La imparcialidad también conforma un atributo de la integridad, dado que, no es posible ser íntegro si se actúa sin la debida neutralidad y objetividad.

En consecuencia, la normativa actual busca la integridad en el obrar, lo que requiere ser probo, honesto y recto, mediante una conducta imparcial, en el ámbito de la aplicación de la regla de derecho.

Las Convenciones Internacionales en materia anticorrupción, recogen previsiones que procuran un obrar imparcial por parte de la Administración Pública a través de la actuación de sus funcionarios.

Es por ello que en general dichos Tratados procuran que cada país adopte mecanismos preventivos que adquieren especial relevancia en materia de contratación pública, tales como ser el establecer la obligatoriedad de presentar declaración jurada de implicancias, el formular declaración de bienes e ingresos por parte de quienes manejan fondos públicos, y el de excusarse o ser recusados los funcionarios cuando exista alguna circunstancia que afecte la neutralidad en su actuación.

En Uruguay existen múltiples disposiciones donde se establece la imparcialidad como principio rector, siendo que asimismo se introducen previsiones específicas en materia de contratación pública. En este sentido, el Artículo 72 del TOCAF dispone que:

“Los ordenadores, asesores, funcionarios públicos, aquellos que desempeñen una función pública o mantengan vínculo laboral de cualquier naturaleza, de los órganos competentes de la Administración Pública deberán excusarse de intervenir en el proceso de contratación cuando la parte oferente o contratante esté ligada por razones de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad. En igual sentido deberán excusarse en caso de tener o haber tenido en los últimos doce meses con dicha parte alguna vinculación de índole profesional, laboral o empresarial.”

La disposición referida establece con precisión el alcance de la prohibición de participación por razones de parentesco y por otra parte, introduce aspectos relacionados con el llamado mecanismo de la “puerta giratoria” al establecer que

deberá excusarse de participar todo aquel que tenga en la actualidad o haya tenido en el último año, una vinculación profesional, laboral o empresarial con la parte oferente o contratante.

El fenómeno de la “puerta giratoria” es regulado de diversa forma en los diferentes países que lo recogen, teniendo por finalidad tutelar la imparcialidad como principio rector y evitar el trasiego de influencias del ámbito público al privado y del privado al público. En los países en que se establecen previsiones referidas al mecanismo de la puerta giratoria, se procura tutelar la imparcialidad, lo que a su vez redundará positivamente en aras de que ocurra una competencia efectiva, sin sesgos o limitaciones.

En consecuencia, la normativa actual busca que los servidores públicos tengan y demuestren una conducta imparcial, en el ámbito de la aplicación de la regla de derecho.

X.5.3 PRINCIPIOS DE BUENA FE, LEALTAD Y RESPETO

El servidor público debe actuar con buena fe y lealtad en el obrar administrativo, lo que implica ejercer las tareas en forma personal, con espíritu de colaboración.

Por otra parte se debe dar cumplimiento al principio de respeto, siendo que ello implica actuar con *“miramiento, consideración, deferencia.”*²⁴⁹

En este sentido, el servidor debe respetar tanto a los restantes servidores públicos, como a toda persona con la que tenga trato en el desempeño de la función, evitando toda clase de desconsideración.

²⁴⁹ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 10 de abril de 2023].

X.6. CORRUPCIÓN, LIBRE COMPETENCIA Y ÉTICA PÚBLICA

La corrupción consiste en un lamentable flagelo que corroe a las Naciones y socava los postulados de la democracia.

Debemos tener presente que ni la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción ni la Convención Interamericana Contra la Corrupción definen qué se entiende por corrupción.

Al respecto, resulta ilustrativa la definición que brinda el Profesor **Augusto DURÁN MARTÍNEZ**, quien ha indicado que hablamos de corrupción al referir a:

“... la utilización de una determinada posición, sea cual fuere, para obtener para sí o para otro un beneficio indebido, cualquiera sea su naturaleza”²⁵⁰

Derivado de esta definición, el autor indica que para que exista corrupción, lo que importa son dos cosas:

- “a) que un sujeto, en virtud de ocupar una determinada posición, sea cual sea y donde sea, por ello obtenga o procure obtener un beneficio para sí o para otro, que de no tener esa posición no habría podido obtener;*
- b) que ese beneficio sea ilegítimo.”²⁵¹*

La contratación pública constituye un sector sensible a la corrupción y prácticas no debidas, en tanto implica el manejo de fondos públicos y por tanto la

²⁵⁰ **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Improbidad del funcionario público”. Jornadas de DGI, disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nQGAN91gNVIJ:https://www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload%3F2,4,1285,O,S,0,27940%253BS%253B1%253B108,+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=uy&client=safari>, consultado el 13/4/22, Pág. 1. El autor refiere al mismo concepto en “En torno al neoconstitucionalismo”, en **DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo.** LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, Pág. 8.

²⁵¹ **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Improbidad del funcionario público”. Jornadas de DGI, disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nQGAN91gNVIJ:https://www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload%3F2,4,1285,O,S,0,27940%253BS%253B1%253B108,+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=uy&client=safari>, consultado el 13/4/22, Pág. 1. El autor refiere al mismo concepto en “En torno al neoconstitucionalismo”, en **DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo.** LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, Pág. 8.

obtención de beneficios indebidos puede hacer caer en tentaciones a los agentes públicos.

Si efectuamos un análisis de las normas tanto de fuente internacional como las dictadas internamente en diversos países que regulan el obrar en la Administración Pública, y más específicamente la ética pública, nos hace vislumbrar que las mismas refieren directamente a la contratación pública, introduciendo disposiciones a los efectos de prevenir, erradicar y sancionar la corrupción en la materia. Ejemplo de ello lo constituyen la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción, donde se aborda la temática referida.

De esta forma, resulta de gran trascendencia analizar los aspectos éticos que se deben vislumbrar en las diversas etapas de la contratación pública, los que deben ser cumplidos tanto por los servidores públicos, como por los particulares que se relacionan en los procedimientos de compras con el sector público. Asimismo, el abordaje debe comprender ser consciente de la trascendencia de la participación ciudadana, resultando por demás importante la capacitación que respecto de estos temas se dicte para fortalecer mecanismos que permitan que los controles en la materia, sean efectivos.

Así, la tarea que se ha emprendido, procura llamar a la reflexión a los operadores en la materia, sobre la trascendencia de la actuación de los funcionarios encargados de llevar adelante la contratación pública, teniendo presente que el manejo de fondos públicos requiere un obrar transparente y con apego a las más altas exigencias éticas.

X.7. SER Y PARECER EN EL COMPORTAMIENTO ÉTICO

Las normas que refieren a la ética pública, tienden a destacar la trascendencia de la exteriorización de la conducta, es decir que las normas atienden a la necesidad de ser y parecer, siendo ésta una tendencia a nivel internacional.

De esta forma, no sólo se debe ser un servidor íntegro, intachable, independiente, imparcial, honesto, probo, respetuoso, eficaz y actuar conforme a criterios de buena administración, sino que resulta imperioso mostrarse de tal forma en el accionar.

En Uruguay, el Artículo 13 de la Ley No. 19.823 (Código de Ética en la Función Pública), bajo el acápite “Probidad”, dispone:

“El funcionario público debe observar una conducta honesta, recta e íntegra y desechar todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro.

*También debe evitar cualquier acción en el ejercicio de la función pública que **exteriorice la apariencia** de violar las normas de conducta en la función pública.”*

El segundo inciso de la norma en tanto exige la necesidad de evitar exteriorizar la apariencia de estar actuando en contravención a las normas de conducta en la función pública refiere claramente a la necesidad de ser y parecer, poniendo de manifiesto la importancia de hacer patente y revelar hacia el exterior la conducta de los servidores públicos.²⁵²

En el mismo sentido, en sede de imparcialidad, el Artículo 8 Literal I) de la Ley No. 19.823 establece que el funcionario público debe:

*“actuar imparcialmente en el desempeño de sus tareas dando trato y servicio por igual a quien la norma señale, sin discriminaciones político-partidarias, de género, religioso, étnico o de otro tipo, **absteniéndose de intervenir en aquellos casos que puedan dar origen a interpretaciones de falta de imparcialidad.**”*

De esta forma, un funcionario se debe abstener de actuar no sólo cuando entiende que la imparcialidad se puede ver comprometida, sino también cuando la situación pueda dar lugar a interpretaciones por parte de terceros de la inexistencia de imparcialidad.

²⁵² Con anterioridad al dictado de la Ley No. 19.823, idéntica disposición regía en Uruguay desde el año 2003, pero de rango reglamentario (Artículo 11 del Decreto No. 30/003).

Así, las normas de conducta se vulneran tanto por una acción u omisión que contravenga los deberes funcionales, como por cualquier obrar que brinde la apariencia de estar actuando en contra de las disposiciones imperantes en la materia.

Ello pretende tutelar la imagen de los servidores públicos y en definitiva, la imagen de la Administración Pública toda, por cuanto la exteriorización de la conducta de quienes desempeñan las tareas es la que genera la percepción de la población impactando por ende en la confianza de la sociedad respecto de las Organizaciones.

La interrogante que se plantea es cómo deben analizarse las conductas, es decir, qué parámetros deben seguir los servidores públicos al momento de actuar para evitar interpretaciones en sentidos inadecuados.

Al respecto, resulta destacable lo dispuesto por el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (CMIEJ), el cual fue elaborado por los juristas Rodolfo L. VIGO de Argentina y Manuel ATIENZA (España), siendo finalmente aprobado por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana en la ciudad de Santo Domingo (República Dominicana) en el año 2006, teniendo posteriormente modificaciones introducidas en el año 2014.

Dicha Cumbre lo adoptó integrada por 23 países, dentro de los que se encuentran tanto España como Uruguay, en los que se advierte al día de hoy la influencia que generó. En efecto, en España se culminó adoptando el Código Español de Ética Judicial, mientras que en Uruguay se adoptaron los principios del CMIEJ, introduciéndolos como derecho interno por Acordada de la Suprema Corte de Justicia No. 7688 de fecha 30 de julio de 2010.

Sin perjuicio de que dichas disposiciones se aplican en el ámbito de la ética judicial, es importante un concepto que el Código introdujo. Al respecto, el CMIEJ en procura de acentuar la necesidad no sólo de dar cumplimiento a los requerimientos éticos según la percepción personal del servidor público, sino

también desde la perspectiva de los terceros, introduce la **figura del observador razonable**.²⁵³

Así, los funcionarios judiciales al momento de adoptar determinada conducta, deben abstraerse de cualquier situación particular e incluso de sus propios pensamientos personales, posicionándose en el lugar de ese observador razonable.

Hemos dicho con anterioridad, conjuntamente con la Profesora **Paula RUIZ-DÍAZ** que el observador razonable puede conceptualizarse como:

*“aquel que usando su sana crítica, razón, y sentido común, analiza o examina la actuación del Magistrado.”*²⁵⁴

De esta forma, el observador razonable sería aquel sujeto común que posee las condiciones de un hombre medio, ajeno a cualquier situación particular, que utiliza su capacidad de discernimiento, examinando la conducta del Magistrado especialmente en lo que refiere a su imparcialidad, probidad, integridad y honestidad profesional.

Si bien dicho Código se aplica únicamente a un sector de servidores públicos (particularmente a los funcionarios judiciales), resulta trascendente lo indicado para advertir la relevancia de la tendencia actual a tener presente la exteriorización de la conducta.

²⁵³ El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, introduce el concepto de observador razonable en los siguientes casos:

a) Principio de Imparcialidad:

- Artículo 11: *“El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así.”*

- Artículo 14: *“Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados desde la perspectiva de un observador razonable.”*

b) Principio de integridad: Artículo 54: *“El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función.”*

c) Honestidad profesional: Artículo 81: *“El juez debe comportarse de manera que ningún observador razonable pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial.”*

²⁵⁴ **RUIZ-DÍAZ, Paula y PINTO NERÓN, Ximena**. “El concepto de observador razonable”, en “Aplicación del CMIEJ en Uruguay”, Cuadernos Serie Ética Judicial N° 18, Pinto Nerón, Ximena y Emmenenger, María Elena (Coord.), 1ª Edición, publicación de la Suprema Corte de Justicia de México, México, Agosto de 2009, Pág. 96.

Dicha relevancia se acrecienta en sectores como el de la contratación pública, donde se manejan fondos públicos y por tanto se crea un ámbito propenso a prácticas indebidas, donde los servidores públicos deben demostrar que tienen la “vara alta” en cuanto a las exigencias éticas.

Es menester destacar que el concepto de observador razonable referido ha sido adoptado por ciertos Organismos Públicos en sus Códigos internos de conducta, con carácter general fuera del ámbito judicial, lo que demuestra la influencia que ha generado.

En consecuencia, en virtud de todo lo expuesto cabe afirmar que la tendencia actual es la de entender que el servidor de que se trate debe actuar de acuerdo a principios éticos imperantes, siendo de vital importancia asimismo irradiar la apariencia de que se actúa de dicha manera - debiendo “ser y parecer.”

X.8.- MECANISMOS PARA EVITAR EL CONFLICTO DE INTERESES.

En un ámbito que se ha denominado “bandera roja” en materia de corrupción por estar expuesta a corrupción, fraude y prácticas indebidas, se deben establecer mecanismos que eviten la conformación de conflictos de intereses.

En ese sentido, se destacan los siguientes:

X.8.1. Capacidad para contratar, habilidad y prohibiciones.

Las normas de los diversos países establecen previsiones específicas que regulan la capacidad para contratar con el Estado.

En general, las disposiciones normativas introducen prohibiciones o incompatibilidades para proceder a dicha contratación por parte de funcionarios públicos, siendo que en los ordenamientos jurídicos sujetos a análisis se aborda la temática de la siguiente forma:

PAÍS	TEXTO
URUGUAY	<p style="text-align: center;">Artículo 46 del TOCAF</p> <p><i>“Están capacitados para contratar con el Estado las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que teniendo el ejercicio de la capacidad jurídica que señala el derecho común, no estén comprendidas en alguna disposición que expresamente se lo impida o en los siguientes casos:</i></p> <p><i>1) Ser funcionario de la Administración contratante o mantener un vínculo laboral de cualquier naturaleza con la misma, no siendo admisibles las ofertas presentadas por este a título personal, o por personas físicas o jurídicas que la persona integre o con las que esté vinculada por razones de representación, dirección, asesoramiento o dependencia.</i></p> <p><i>No obstante, en este último caso de dependencia podrá darse curso a las ofertas presentadas cuando no exista conflicto de intereses y la persona no tenga participación en el proceso de adquisición.</i></p> <p><i>De las circunstancias mencionadas, deberá dejarse constancia expresa en el expediente.</i></p> <p><i>Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, en el caso de la Administración de los Servicios de Salud del Estado, cuando se trate de vínculo de dirección o dependencia, podrá darse curso a las ofertas cuando las personas no tengan poder de decisión en el proceso de adquisición, de lo que deberá dejarse constancia expresa en el expediente mediante declaración jurada, sujeta a la pena dispuesta por el artículo 239 del Código Penal.</i></p> <p><i>2) Estar suspendido o eliminado del Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE). 3) No estar inscripto en el RUPE de acuerdo con lo que establezca la reglamentación.</i></p> <p><i>4) Haber actuado como funcionario o mantenido algún vínculo laboral de cualquier naturaleza, asesor o consultor, en el asesoramiento o preparación de pliegos de bases y condiciones particulares u otros recaudos relacionados con la licitación o procedimiento de contratación administrativa de que se trate.</i></p> <p><i>5) Carecer de habitualidad en el comercio o industria del ramo a que corresponde el contrato, salvo que por tratarse de empresas nuevas demuestren solvencia y responsabilidad.</i></p> <p><i>Exceptúase del requisito de inscripción en el RUPE, a los proveedores extranjeros no domiciliados en el país, cuando contraten con Entes</i></p>

	<p><i>Autónomos y Servicios Descentralizados integrantes del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, bajo cualquier modalidad, y refieran a bienes o servicios cuya fabricación o suministro sea exclusivo de quienes tengan privilegio para ello, o que sean poseídos por personas o entidades que tengan exclusividad para su venta, no existiendo sustituto conveniente.”</i></p> <p>Artículo 12 Ley No. 19.823 (Código de Ética en la Función Pública)</p> <p>Concepto de corrupción</p> <p><i>“Se entiende que existe corrupción, entre otros casos, en el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener directa o indirectamente un provecho económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para otro, se haya causado o no un daño al Estado o a la persona pública no estatal.</i></p> <p><i>Se considera parte integrante del concepto de corrupción la oferta que realice una persona física o jurídica a un funcionario público, de un beneficio de cualquier especie, para sí o para un tercero, a los efectos de que cumpla con las tareas propias de su función u omita cumplirlas. Quien incurra en esta conducta quedará suspendido en la posibilidad de contratar con una persona pública estatal y no estatal y de actuar como representante, gestor o administrador de un proveedor de las mismas por un término de dos años, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que corresponda y lo que determine la reglamentación en materia de contratación con el Estado.”</i></p>
<p>ESPAÑA</p>	<p>Artículo 65 LCSP</p> <p>Condiciones de aptitud</p> <p><i>“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.</i></p> <p><i>Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino</i></p>

de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo.

2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

3. En los contratos subvencionados a que se refiere el Artículo 23 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del Artículo 71.”

Artículo 71 LCSP

Prohibiciones de contratar

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el Artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el Artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina

de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el Artículo 22.2 del citado texto; o por las infracciones muy graves previstas en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; o por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, cuando se acuerde la prohibición en los términos previstos en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el Artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con

discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el Artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el Artículo 140.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el Artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el Artículo 82.4 y en el Artículo 343.1.

f) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La presente causa de prohibición de contratar dejará de aplicarse cuando el órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 72.1, compruebe que la empresa ha cumplido sus obligaciones

de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de las cantidades adeudadas, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

h) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el Artículo 15.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la

organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el Artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el Artículo 73 las siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del Artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

b) Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el Artículo 153 por causa imputable al adjudicatario.

c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el Artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

d) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el Artículo 3 de la presente Ley. La prohibición alcanzará a las empresas cuyo contrato hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los pliegos hubieren calificados como esenciales de acuerdo con lo previsto en el Artículo 211.1.f).

3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas.

Como vemos, existen diversas cuestiones que hacen a la capacidad y habilidad para contratar, previstas en las normas referidas y en otras complementarias.

Una de las exigencias implica estar inscripto en el RUPE en Uruguay²⁵⁵ y en el ROLECE en España, en los casos que ello resulta preceptivo. Además, se prohíbe contratar cuando existen ciertas vinculaciones que claramente generarían un conflicto de intereses.

Sin perjuicio de no ser objeto del presente abordaje el realizar un análisis exhaustivo de la temática planteada, debemos referir a que la primera característica en común que tienen las disposiciones al respecto de Uruguay y España es que su redacción ha sido criticada y han dado lugar a múltiples discusiones doctrinarias²⁵⁶, así como jurisprudenciales.

No obstante, debemos tener presente que en todos los casos las disposiciones citadas procuran tutelar la integridad en la contratación pública y evitar el conflicto de intereses, así como el trasiego de influencias.

En particular, respecto de las prohibiciones para contratar en Uruguay, el Artículo 12 de la Ley No. 19.823 establece que la persona física o jurídica que realice una oferta de un beneficio de cualquier especie a un funcionario público, para sí o para un tercero, a los efectos de que cumpla con las tareas propias de su función u omita cumplirlas, quedará suspendido en la posibilidad de contratar con una persona pública estatal y no estatal y de actuar como representante, gestor o

²⁵⁵ El Decreto del Poder Ejecutivo No. 155/013 ya mencionado es el que reglamenta el funcionamiento del RUPE, estableciendo las características de la inscripción así como los casos en que opera la suspensión e incluso la posible eliminación de un proveedor de dicho Registro.

²⁵⁶ En ese sentido, véase por ejemplo: **GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto**. “*Las prohibiciones de contratar*”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 1285 y siguientes. El autor afirma respecto de algunas disposiciones, que las mismas cuentan con una “deplorable redacción” (Pág. 1304).

administrador de un proveedor de las mismas por un término de dos años, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que corresponda.

Dicha disposición de rango legal no fue reglamentada hasta el momento, y su texto genera múltiples dificultades interpretativas. Debemos preguntarnos en primer lugar si la conducta a la que refiere implica que exista una condena en sede penal por el delito respectivo. Una primera posibilidad implica sustentar que la respuesta negativa impera, en tanto la propia norma refiere a que la prohibición opera por el término de dos años, *“sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que corresponda”*.

Ahora bien, si esa fuera la interpretación adecuada cabe preguntarnos quién sería competente para emitir un pronunciamiento de tal naturaleza en vía administrativa, otorgando el derecho al debido procedimiento y la garantía de la tutela administrativa efectiva para los presuntos involucrados.

Por otra parte, si la respuesta fuera afirmativa y se requiriera siempre un pronunciamiento en sede penal, cabe preguntarnos de qué manera se haría efectiva la prohibición, pues para poder ejecutarla debería existir una comunicación por parte de los órganos del Poder Judicial al Registro Único de Proveedores del Estado con la finalidad de que la información pertinente pudiera incluirse y cruzarse con otros datos para alertar ante tal situación a las Administraciones Públicas contratantes.

No obstante, de la información obtenida surge que desde el año 2019 en que se encuentra vigente la norma, no se habría cursado comunicación alguna para hacer efectiva la disposición citada.

En consecuencia, la norma existe en el ordenamiento jurídico uruguayo pero genera más interrogantes que certezas, no surgiendo su aplicación efectiva.

En el caso de España, también se producen múltiples dudas interpretativas. En especial, estarán inhabilitados para contratar aquellos respecto de los cuales hubiera recaído Sentencia condenatoria firme sobre los tipos penales inhabilitadores que establece el Artículo 71.1 LCSP.

Asimismo, resulta inhabilitadora la sentencia condenatoria que no permite ejercer la profesión, oficio, industria o comercio prevista en el Artículo 45 del Código Penal.

Por otra parte, el Artículo 71.1.b) prohíbe contratar con el sector público quien haya sido sancionado en vía administrativa con carácter firme por la comisión de infracciones administrativas graves o muy graves. Al respecto se establece una lista taxativa de materias y/o leyes administrativas sancionadoras que inhabilitan poder contratar.

Sobre este punto, el Profesor **Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO** ha expresado:

“Al legislador del 2017 le interesan, no tanto las sanciones impuestas, sino las infracciones castigadas; no le importa tanto el contenido afflictivo de las sanciones como, más bien, la gravedad de las infracciones; esto es, no le importan las cuantías de las multas o la duración de las privaciones o suspensiones de derechos, sino las conductas infractoras así sancionadas administrativamente.”²⁵⁷

Especial atención merece la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia que se encuentra regulada en el Artículo 71.1 apartado b) de la LCSP, la que refiere a infracciones graves, sin perjuicio de que también debemos entender comprendidas en la prohibición a las muy graves en aplicación del Artículo 62 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Es menester indicar que otra dificultad que se ha generado es determinar quién impone la sanción y el tiempo en que la misma regirá.

Al respecto, el Artículo 72 de la LCSP establece que ciertas prohibiciones – entre las que se encuentra las de falseo de la competencia – se apreciarán en forma directa por los órganos de contratación cuando la sentencia o el pronunciamiento administrativo se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.

257 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto. *“Las prohibiciones de contratar”*, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018, Pág. 1302.

No obstante, si la Sentencia o la Resolución en su caso no se pronunciara sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar, debe instruirse un procedimiento, para el cual es competente el Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Luego de varias discusiones al respecto, el régimen quedó instaurado de dicha forma, siendo que la CNMC sometió a Audiencia Pública la temática en diciembre de 2022, publicando los criterios previstos de actuación para la fijación de la duración y alcance de la prohibición de contratar en aquellos expedientes sancionadores que procedan a su establecimiento, en aras de dotar de seguridad jurídica a los operadores y de garantizar la transparencia en la actuación administrativa.

En dicho documento, respecto de la prohibición por falseamiento de la competencia, la CNMC ha indicado:

*“Otra cuestión que puede suscitarse es la relativa a si las infracciones en materia de defensa de la competencia han de estar necesariamente relacionadas o ligadas con la contratación pública o “bid rigging” para que proceda aplicar la prohibición de contratar. A este respecto, procede indicar, y así lo ha entendido la CNMC en diversos expedientes sancionadores, que la Ley de Contratos del Sector Público no se refiere en ningún momento a que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia exija que la conducta anticompetitiva tenga que estar relacionada con la contratación pública. Tampoco es relevante a estos efectos que el sujeto infractor no participe con habitualidad en licitaciones públicas. Cuestión distinta será el impacto que pueda tener la prohibición en una empresa que no contrata con la Administración Pública, así como su efecto disuasorio. No obstante, se considera que la situación puede cambiar y las Administraciones Públicas no pueden quedar desprotegidas, por ello habrá de incluirse la declaración de prohibición.”*²⁵⁸

²⁵⁸ **CNMC.** Comunicación AJ/02/22. Consulta pública. Documento denominado “Comunicación sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.” Consultada el 21 de diciembre de 2022 en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/1_Comunicacion_AJ_02_22_Borrador%20comunicación%20prohibición%20de%20contratar%20CNMC.pdf

Por último, en relación a los vínculos, en Uruguay ha generado gran debate el Artículo 46 del TOCAF en su Numeral 1º.

Dicha norma plantea que no puede contratar con el Estado quien sea funcionario o mantenga un vínculo laboral de cualquier naturaleza con la Administración contratante, por sí ni en personas jurídicas, de las que el funcionario sea:

- Director
- Representante
- Asesor

No obstante, en los casos en que el funcionario público tenga un vínculo de dependencia con el proveedor que pretende ser co-contratante de la Administración, este podría presentarse a los llamados únicamente cuando se configuren los 3 extremos que se indican a continuación:

- El funcionario no tenga participación en el procedimiento de selección.
- No exista conflicto de intereses.
- Se deje constancia escrita en el expediente.

Cabe destacar que las dificultades de la redacción de esta norma han llevado a que los Organismos formularan planteos acerca del alcance. En ese sentido, se han formulado incluso consultas al Tribunal de Cuentas para clarificar la situación, destacándose la formulada por la Intendencia de Montevideo al respecto.

X.8.2. Declaraciones juradas de bienes e ingresos.

Uno de los grandes problemas en el ámbito de la contratación pública es la existencia de posibles conflictos de intereses.

Al respecto, es necesario tener presente que el **Artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción** establece:

“Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a

*los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.”*El Artículo 9 Literal e) de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción establece que los Estados Parte procurarán establecer *“Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.”*

Por otra parte, el Art. III de la **Convención Interamericana Contra la Corrupción**, bajo el acápite “Medidas Preventivas”, establece que los Estados Parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

“Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda” (Num. 4).

De esta forma, adquiere singular relevancia la declaración jurada de bienes e ingresos, que se encuentra prevista en gran cantidad de países, donde cierto sector de funcionarios públicos deben declarar cuál es su patrimonio.

El contenido de la declaración jurada referida y los términos y condiciones en que la misma se presenta varía de país a país, sin perjuicio de lo cual del relevamiento efectuado surge que en gran cantidad de casos, dentro de la nómina de funcionarios obligados a presentar la declaración, se encuentran los funcionarios con competencia para gastar, es decir, aquellos que participan en los procedimientos de contratación pública con competencia para decidir al respecto.

Asimismo, se debe tener presente que existe una tendencia actual de la doctrina de sustentar la posibilidad de incluir conjuntamente con la declaración jurada una declaración o registros de intereses o actividades para ciertos cargos

públicos así como sus respectivas actualizaciones periódicas, y la creación y mantenimiento de bases de datos que faciliten a los órganos competentes la realización de búsquedas y consultas.²⁵⁹

X.8.3. Evitar mecanismo de la “puerta giratoria”.

En cuanto a los conflictos de intereses actuales y futuros, se debe considerar el llamado “mecanismo de la puerta giratoria” (conocida como revolving door), el que se desarrolla mediante el trasiego del sector público al sector privado.

Como ya se ha expresado, inicialmente este mecanismo refería a altos cargos públicos que cesaban en dicho ámbito para formar parte de empresas privadas con las que habían tenido relaciones de regulación, control o comerciales.

En la actualidad este mecanismo genera gran preocupación en los diversos países, por lo que existe la tendencia a adoptar normas para evitar su configuración. En efecto, en los diversos países se incluyen normas donde se prohíbe desempeñar tareas vinculadas con las actividades que la persona desarrollaba en el sector público con anterioridad o de control de las mismas, siendo que en algunos ordenamientos jurídicos se prevé un plazo desde la desvinculación del servidor público en que la prohibición referida subsiste.

Ejemplo de ello lo constituye Uruguay, donde el plazo en que permanece la prohibición de realización de actividades vinculadas o controladas es de 1 año desde el cese en la función, de acuerdo a lo establecido por los Artículos 30 y 31 de la Ley No. 19.823.

Todo ello procura evitar el conflicto de intereses, lo que adquiere gran relevancia en el ámbito de la contratación pública y fomenta la libre competencia.

²⁵⁹ En este sentido, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Contra la Corrupción (MESICIC) realizó una Recomendación a Costa Rica en la IV Ronda del Comité de Expertos.

X.8.4. Recepción de regalos y otros beneficios por parte de los funcionarios públicos con competencia en materia de contratación pública.

En general, la normativa de ética pública y régimen anticorrupción en los diversos países de América Latina y Europa, así como los códigos de conducta en la función pública, prestan atención a regular la cuestión referente a los regalos y beneficios a los funcionarios públicos.

Cabe destacar que se prohíbe recibir regalos y otros beneficios con la finalidad de realizar o retardar un acto relativo a la función, conducta que se encuentra en general, tipificada como delito en los diversos Códigos Penales.

No obstante, en varios países se permiten regalos de escasa entidad por razones de cortesía, regulándose los regalos diplomáticos, etc., excepciones que se prevén como admisibles siempre que los mismos no sean destinados a realizar o retardar los actos relativos a la función referidos precedentemente.

Este tema resulta de gran trascendencia y genera polémica cada vez que el mismo es tratado, pero debe tenerse presente que adquiere una importancia aún mayor cuando el regalo, dádiva o beneficio es recibido por un funcionario que presta tareas en el ámbito de la contratación pública.

En el ámbito internacional, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción establece en su Artículo 8 que cada Estado Parte procurará establecer medidas para exigir que los funcionarios públicos hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

Por otra parte, cabe señalar lo previsto en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, el que establece que los funcionarios *“rechazarán cualquier regalo, favor o servicio, personal o familiar, en condiciones ventajosas que, más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, puedan condicionar el desempeño de sus funciones.”*

Respecto de la temática objeto de estudio, citaremos lo previsto en algunos países:

- **En España**, el Artículo 54 de la Ley N° 7/2007 (Estatuto del Funcionario Público), bajo el acápite “Principios de Conducta” en su Numeral 6° establece:

“Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.”

Por otra parte, la Ley N° 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su Artículo 26.2) Literal b) Numeral 6), establece que los funcionarios no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. Asimismo, se indica a texto expreso que en el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.

- **En Uruguay**, el Código de Ética en la Función Pública sancionado por Ley No. 19.823, con alcance general para todos los funcionarios públicos del país contiene las siguientes disposiciones:

- *Artículo 9 (Prohibiciones e incompatibilidades).*- *“Sin perjuicio de las prohibiciones e incompatibilidades específicas establecidas por otras leyes, los funcionarios públicos están sujetos a las siguientes prohibiciones e incompatibilidades: F) Solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función.”*

- *Artículo 34 (Prohibición de recibir regalos y otros beneficios).*- *“Los funcionarios públicos tienen prohibido solicitar o aceptar dinero, dádivas, beneficios, regalos, favores, promesas u otras ventajas, directa o indirectamente, para sí o para terceros,*

a fin de ejecutar, acelerar, retardar u omitir un acto de su empleo o contrario a sus deberes o por un acto ya cumplido.”

Por otra parte, el Artículo 31 del Decreto N° 30/003 establece la prohibición a los funcionarios públicos de solicitar o aceptar dinero, dádivas, beneficios, regalos, favores, promesas u otras ventajas, directa o indirectamente, para sí o para terceros, a fin de ejecutar, acelerar, retardar u omitir un acto de su empleo o contrario a sus deberes o por un acto ya cumplido.

Se indica que a esos efectos, se tomará especialmente en cuenta, que el regalo o beneficio provenga de una persona o entidad que gestione o explote concesiones, autorizaciones, privilegios o franquicias otorgados por el órgano o entidad en que el funcionario se desempeña, **sea contratista o proveedor de bienes o servicios a un organismo público o estuviere interviniendo en un procedimiento de selección**, o tenga intereses que pudieren verse significativamente afectados por la decisión, acción, aceleración, retardo u omisión del organismo o entidad en el que el funcionario se desempeña.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Artículo 32 del Decreto N° 30/003, establece una serie de regalos permitidos, dentro de los que menciona *“las atenciones de entidad razonable recibidas en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan.”*, así como los regalos protocolares, etc.

Se genera la discusión de si la disposición que establece los regalos permitidos se encuentra vigente, ya que el Código de Ética en la Función Pública establecido por Ley No. 19.823 es posterior en el tiempo y de mayor valor y fuerza, siendo que no establece ningún tipo de regalo que estuviera permitido.

Por otra parte, la Ley N° 19.121 (Estatuto del Funcionario Público de los servidores de la Administración Central), en su Artículo 30 establece la prohibición de solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función, *“excepto atenciones de entidad razonable que se realicen por razones*

de amistad, relaciones personales o en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan.”

Realizado un relevamiento de la regulación en diversos países surge que en general los países prohíben la recepción de regalos o cualquier otro tipo de beneficio, salvo las excepciones que a texto expreso se establecen.

Sin perjuicio de ello, y aún en los casos en los cuales podría incluirse dentro de la excepción, se entiende que las prohibiciones referidas deben interpretarse a la luz de la plena vigencia de los principios que rigen el obrar de los funcionarios públicos, tales como ser los de imparcialidad y probidad, destacándose la trascendencia del ser y el parecer referido precedentemente.

Consecuentemente, entiendo que quienes desempeñan tareas en materia de contratación pública deben ser especialmente cuidadosos al momento de encontrarse ante una situación como las detalladas, siendo que a mi entender no es posible recibir atenciones de ningún tipo sin que genere al menos una suspicacia, en un área delicada de actuación.

La OCDE ha analizado dicha temática. Al respecto, ha señalado que *“No es el valor del regalo que es el tema principal de la política en la mayoría de los casos: es la cuestión de cómo tratar adecuadamente con la relación real o presunta entre donante y el receptor que más importa. Regalos a los profesionales de contratación en su capacidad privada (en contraposición a los regalos oficiales a la organización del funcionario), deben plantear la cuestión de si existe una relación entre el donante y el receptor, que podría constituir un grave riesgo para la integridad del funcionario individual, o a la organización.”*²⁶⁰

En definitiva, lo que se encuentra en juego es la integridad del servidor público y la integridad institucional.

²⁶⁰ OCDE. “Gifts and gratuities checklist”, traducción propia de material consultado el 25 de mayo de 2015 en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/giftsandgratuitieschecklist.htm>

Al respecto, comparto lo expresado por el Profesor norteamericano **Robert KLITGAARD** en tanto indica: *“Gifts and bribes can be difficult to distinguish”*²⁶¹, lo que significa que regalos y sobornos pueden ser difíciles de distinguir, de diferenciar.

En efecto, si una empresa proveedora del Estado entrega un regalo o beneficio a algún funcionario que se desempeña en el ámbito de las compras públicas, es menester preguntarse cuál es su finalidad y el impacto que esto produce, debiéndonos plantear asimismo cuál es la visión de la ciudadanía al respecto, en tanto la exteriorización de la conducta impacta en forma directa en la imagen institucional.

X.9.- COMPETENCIA PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN EN LA MATERIA

Las normas dictadas en materia de prevención y detección de prácticas corruptivas, tanto de fuente interna como internacional, tienen en común que ponen el acento en la capacitación de los servidores públicos a efectos de lograr que sean idóneos en el ejercicio de sus tareas y den cumplimiento a normas y principios imperantes en materia de función pública.

En este sentido, se destacan:

- **Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.** Artículo 7. Sector Público. *“Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos:*

²⁶¹ **KLITGAARD, Robert.** “Addressing corruption together”, presentado en el Simposio de la OCDE celebrado con fecha 11 y 12 de diciembre de 2014, Pág. 19. Traducción propia del documento consultado el 31 de mayo de 2015 en: <http://www.oecd.org/dac/governance-peace/publications/FINAL%20Addressing%20corruption%20together.pdf>

d) Promoverán programas de **formación y capacitación** que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada **para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones**. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.”

- **Convención Interamericana Contra la Corrupción. Artículo III.** “Medidas preventivas”. “...los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.”

Recogiendo esta exigencia, en los diversos Organismos de diversos países, se establecen programas de formación para el personal que ingrese, así como cursos de actualización que contemplen aspectos referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función pública, además de los otros aspectos.

Esta temática adquiere especial relevancia en materia de contratación pública, en virtud de tratarse de un sector sensible, donde la capacitación debería ser integral y comprender la impartición de los temas relacionados con la ética pública.

Es menester destacar la existencia de ciertas experiencias exitosas, como ser la implantada en la República de Chile, donde los funcionarios públicos que se desempeñan en compras estatales rinden una prueba de acreditación de competencias, abordando temas relacionados con las compras públicas, normativa aplicable, gestión de abastecimiento, inclusión de grupos vulnerables a las adquisiciones estatales, incluyendo situaciones relacionadas con el principio de probidad, confección de bases de los llamados y criterios de evaluación.

Los funcionarios que no obtengan su acreditación son bloqueados en el sistema, en tanto no pueden ingresar con su clave de acceso a la plataforma de licitaciones de ChileCompra al no recibir la acreditación en competencias referida.

X.10. HERRAMIENTAS PARA LA EFECTIVIDAD DEL COMPORTAMIENTO ÉTICO

X.10.1. HERRAMIENTAS APLICABLES

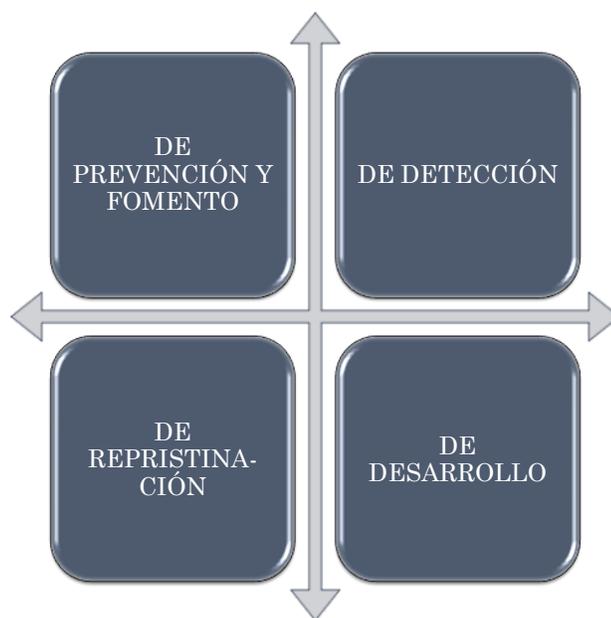
Como se indicó precedentemente, la normativa tanto en España como en Uruguay prescribe un modelo de actuación de los servidores públicos basado en la integridad, la que se conforma por el cumplimiento de principios y valores organizacionales que consagra a texto expreso, como ser los de probidad, imparcialidad, buena fe, lealtad, legalidad, obediencia, transparencia, publicidad, motivación, eficacia, eficiencia, idoneidad, capacitación y buena administración.

Asimismo, se establecen una serie de prohibiciones, donde se describen conductas que no es posible realizar sin incurrir en contravenciones a los preceptos éticos.

Si bien se encuentran juridizados tanto los principios como las prohibiciones y ello resulta relevante, el comportamiento ético es mucho más abarcativo de lo que el propio Derecho prevé, siendo que además su consagración normativa tampoco es garantía por sí sola de su pleno cumplimiento.

Es por ello que para lograr la efectividad del obrar ético de los servidores públicos, esto es, para que la integridad sea una realidad en los hechos, es necesario contar con un conjunto de herramientas que coadyuven a su cumplimiento.

Considero que los instrumentos o herramientas al respecto, pueden dividirse en cuatro tipos, a saber:



Si bien todos los mecanismos que se mencionarán se interrelacionan en procura de fomentar la efectividad del comportamiento ético, disuadiendo y persuadiendo de cometer conductas indebidas, en lo medular podemos caracterizar los diversos tipos de herramientas de la siguiente forma: ²⁶²

A) HERRAMIENTAS DE PREVENCIÓN Y FOMENTO

Se trata de instrumentos que tienen un doble objeto: por un lado buscan evitar, precaver e incluso impedir que se produzcan conductas indebidas, y por otro lado procuran impulsar y promover el comportamiento ético.

Dentro de este tipo de herramientas, podemos individualizar las siguientes:

- **Dictado de normas que con precisión identifiquen los principios y prohibiciones en el obrar administrativo.**

Las Convenciones Internacionales que Uruguay ha ratificado, hacen hincapié en la necesidad de dictar normas en materia de ética pública y régimen

²⁶² Cabe señalar que algunas de las herramientas que se abordarán, son susceptibles de ser incluidas en más de una categoría de las indicadas.

anticorrupción. En ese sentido, se destacan:

- **Artículo 8 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.** *“2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.”*
- **Artículo III Convención Interamericana Contra la Corrupción.** *“...los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:
1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.”*

Surge de lo expuesto que las Convenciones Internacionales tienen dentro de sus objetivos el procurar que cada Estado Parte adopte normas internas que contengan parámetros comunes, y sin perjuicio de la idiosincracia de cada país, se siga una misma línea de actuación en aspectos que son universales y transversales en el combate contra la corrupción y la búsqueda del mejor esquema de comportamiento.

Contar con normas claras previene y fomenta un obrar ético. Pero si ello no va acompañado con mecanismos para hacer cumplir dichas disposiciones, sumado a políticas públicas consistentes al respecto, pueden ser menguados los efectos.

Como indicamos precedentemente, en Uruguay se cuenta con normas internas al respecto, en especial con la Ley No. 17.060 que establece las bases del régimen anticorrupción y la Ley No. 19.823 que instaura un Código de Ética en la Función Pública aplicable con carácter general.

Se destaca como positivo en el régimen uruguayo el concepto de funcionario público recogido a nivel ético y penal, donde se establece una conceptualización

amplia que incluye en el término a toda persona que ejerce función pública, cualquiera sea la forma jurídica de vinculación con la entidad respectiva, a cualquier título (oneroso o gratuito), permanente o temporaria, en cualquier persona de derecho público estatal y no estatal.

Además de estas disposiciones generales, resulta importante contar con Códigos de Ética propios en cada Institución, pues ello permite conformar disposiciones como “traje a medida”, mediante preceptos que reflejen la identidad de la entidad, los valores organizacionales y la propia cultura institucional.

Los Códigos de Ética propios nunca pueden establecer previsiones éticas menos exigentes que el Código general creado por Ley (Artículo 4 Ley No. 19.823), siendo posible que introduzcan aspectos diferenciales que hacen a la esencia de la Institución, constituyendo una herramienta trascendente para el fomento del buen comportamiento ético y del sentimiento de pertenencia de sus integrantes.

➤ **Capacitación y concientización en materia de ética pública.**

Los servidores públicos deben capacitarse constantemente, ya que la vida administrativa es mutable y se encuentra en constante transformación.

Las Convenciones Internacionales en materia anticorrupción hacen referencia explícita a la capacitación. De esta forma, debemos destacar las siguientes disposiciones:

- **Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. Artículo 7.** *“1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos:*
 - d) *Promoverán **programas de formación y capacitación** que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.”*

- **Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. Artículo 60.**
“Capacitación y asistencia técnica 1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de prevenir y combatir la corrupción. Esos programas de capacitación podrán versar, entre otras cosas, sobre:

 - a) Medidas eficaces para prevenir, detectar, investigar, sancionar y combatir la corrupción, incluso el uso de métodos de reunión de pruebas e investigación;*
 - b) Fomento de la capacidad de formulación y planificación de una política estratégica contra la corrupción;*
 - c) Capacitación de las autoridades competentes en la preparación de solicitudes de asistencia judicial recíproca que satisfagan los requisitos de la presente Convención;*
 - d) Evaluación y fortalecimiento de las instituciones, de la gestión de la función pública y la gestión de las finanzas públicas, **incluida la contratación pública, así como del sector privado;***
 - e) Prevención y lucha contra las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y recuperación de dicho producto;*
 - f) Detección y embargo preventivo de las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;*
 - g) Vigilancia del movimiento del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como de los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto;*
 - h) Mecanismos y métodos legales y administrativos apropiados y eficientes para facilitar la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;*
 - i) Métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos que cooperen con las autoridades judiciales; y*
 - j) Capacitación en materia de reglamentos nacionales e internacionales y en idiomas.”*
- **Convención Interamericana Contra la Corrupción. Artículo III.** *“Medidas preventivas. ... los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas*

que rigen sus actividades.”

De esta forma, surge la importancia de la capacitación y formación, en procura de que los servidores públicos tengan conocimiento del alcance de su obrar.

Por otra parte, resulta necesario destacar que la normativa internacional refiere expresamente a la capacitación en ciertas áreas sensibles, como es el caso de la contratación pública. Al respecto, la Convención de Naciones Unidas preceptúa:

- **Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción. Artículo 9.** *“Contratación pública y gestión de la hacienda pública.*

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

*e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y **requisitos de capacitación.**”*

En el ámbito interno, en Uruguay, el Artículo 16 de la Ley No. 19.823, al regular el principio de legalidad en el obrar de los servidores públicos, preceptúa que éstos deben conocer y cumplir la normativa vigente, destacando en su inciso 2º que *“su ignorancia no sirve de excusa”*.

De esta forma, si bien es obligación de los funcionarios conocer las disposiciones, el hecho de que el Estado dicte normas en la materia, pero no se instrumenten instancias de difusión para su cabal conocimiento, resulta un contrasentido en sí mismo.

Por todo ello, una herramienta preventiva y de fomento del comportamiento

ético es la capacitación, aspecto recogido en la normativa vigente, en el siguiente sentido:

- **Artículo 28 Ley No. 17.060:** *“Las entidades públicas tendrán programas de formación para el personal que ingrese, y uno de actualización cada tres años, los cuales contemplarán aspectos referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función pública, además de los otros aspectos a los que refiere la presente ley. Será obligación de los funcionarios públicos la asistencia a estos cursos y el tiempo que insuman se imputará al horario del funcionario...”*
- **Artículo 8 Ley No. 19.823:** *“(Deberes y obligaciones de los funcionarios) Lit. F) Atender debidamente las actividades de formación, capacitación y efectuar las prácticas y las tareas que tales actividades conlleven, **las que se procurará se realicen en el horario de trabajo.**”*
- **Artículo 24 Ley No. 19.823:** *“(Idoneidad y capacitación).- La observación de una conducta idónea exige que el funcionario mantenga aptitud para el adecuado desempeño de las tareas públicas a su cargo. Será su obligación capacitarse para actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración y, en particular, deberán asistir a los cursos de actualización referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función pública según lo determinan las normas que rigen el servicio o lo dispongan las autoridades competentes.”*

En España, el Artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre de 2015, dentro de Título III “Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos”, en el Capítulo I denominado “Derechos de los empleados públicos”, preceptúa:

- **Artículo 14. Derechos individuales.** *Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio:*

*g) A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, **preferentemente en horario laboral.**”*

De lo expuesto surge que las Instituciones Públicas tienen el mandato de contar con instancias de capacitación sobre temas de comportamiento ético, siendo obligación de los funcionarios públicos asistir a las mismas.

Si analizamos el régimen uruguayo y el español surge que en ambos se procura que las instancias de capacitación se realicen preferentemente en horario laboral, lo que constituye una demostración de que la capacitación es inherente a la función pública y debe considerarse parte de la misma.

Así, la capacitación constituye un pilar para concientizar sobre la ética pública, generar la reflexión e incorporar valores, y permite tener los instrumentos adecuados a nivel individual e institucional para reconocer las prácticas que pueden llevar a que se generen conflictos de intereses.

En Uruguay, es menester indicar que la capacitación en esta temática constituye uno de los cometidos de la **Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP)**²⁶³, que tiene a su cargo promover la normativa y crear programas de capacitación y difusión con la finalidad de fortalecer la transparencia en la gestión pública.

En la información pública que la JUTEP brinda en su página web se destaca el efecto preventivo y de fomento que la capacitación conlleva, en tanto se expresa que:

“En esta dirección de trabajo, resulta primordial reforzar el enfoque preventivo del fenómeno, estableciendo medidas capaces de generar escenarios que estimulen y propicien la aplicación de los principios éticos de la gestión pública. La formación y capacitación de los recursos humanos, constituyen un aspecto medular de la transparencia del Estado.” ^{264 265}

²⁶³ PINTO NERÓN, Ximena. “Junta de Transparencia y Ética Pública”, publicado en “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado”, publicación del Instituto de Derecho Administrativo, Ed. FCU, 1ª Ed., Año 2017.

²⁶⁴ JUNTA DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA PÚBLICA. Página web oficial consultada el 13 de octubre de 2022: <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/>

²⁶⁵ Para confeccionar e impartir los cursos de capacitación referidos, la JUTEP cuenta con un registro de docentes externos. El Registro de docentes externos actualmente vigente fue aprobado por JUTEP por Resolución de Directorio No. 808/2019. En la página web del Organismo se indica que

Cabe entonces resaltar el impacto de la capacitación como herramienta. Sobre este tema, la JUTEP en su Memoria Anual del 2015, expresó que en dicho año se procesaron 10 consultas formuladas por Organismos Estatales y 4.000 provenientes de jerarcas y otros funcionarios, las que versaron en general sobre el empleo de buenas prácticas administrativas, aplicación de normas de actuación e identificación de posibles conflictos de intereses, señalándose que *“el aumento significativo de consultas de la Administración mostró estar relacionado con la mayor frecuencia y cobertura de los cursos de capacitación.”*²⁶⁶

Por otra parte, es menester indicar que en el ámbito del Tribunal de Cuentas se destaca la existencia de la Escuela de Auditoría Gubernamental (EAG). El Artículo 9 de la Ley N° 17.292 (en redacción conferida por el Artículo 414 de la Ley N° 17.930), crea a la Escuela referida como órgano dependiente del Tribunal de Cuentas,

“con el fin de fortalecer el proceso de capacitación de personal y contribuir al mejoramiento y a la transparencia de la gestión de la Hacienda Pública.”

En el ámbito de la EAG del Tribunal de Cuentas también se llevan a cabo talleres y cursos que refieren a la ética en la función pública, promoviendo el estudio y la reflexión de esta temática.

En España por su parte, se destaca la existencia del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Función

dichos docentes “participan en distintos programas de difusión y capacitación que se realizan con organismos del Estado. Este registro está integrado por profesionales con experiencia docente, especializados en áreas temáticas relativas a lo administrativo, tributario, notarial, laboral, financiero, bancario, aduanero y penal entre otras.” Fuente: Página web oficial consultada el 10 de enero de 2023: <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/capacitacion-difusion>

²⁶⁶ **JUNTA DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA PÚBLICA.** Memoria Anual del año 2015, Pág. 12. Consultada con fecha 25 de agosto de 2022 en la Página Web Oficial consultada el 20 de octubre de 2022: <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/comunicacion/publicaciones/informes-anuales-memorias-anuales>

Pública.

El INAP es el Organismo que tiene como cometido la formación de los servidores públicos, destacándose:

*“la selección de varios cuerpos y escalas de funcionarios, hoy adscritos al Ministerio de Hacienda y Función Pública. También impulsa tareas de investigación y estudios sobre las Administraciones públicas y mantiene relaciones de cooperación y colaboración con instituciones análogas, nacionales e internacionales.”*²⁶⁷

Cabe destacar que existen otros centros de capacitación, como por ejemplo a nivel de las comunidades autónomas.

En conclusión, debemos tener presente que la capacitación debe generarse considerando la necesidad de llegar a la mayor cantidad de personas, utilizando las nuevas tecnologías que permitan descentralizar las instancias.

Existen experiencias internacionales en ese sentido. Ejemplo de ello lo constituye la iniciativa de la Oficina de Ética Gubernamental de los Estados Unidos (OGE), que creó un portal de aprendizaje en línea del Instituto de Ética en el Gobierno (IEG).

A través de dicho portal, la OGE realiza los anuncios para los cursos de ética para los servidores públicos, pone a disposición una biblioteca de más de 80 herramientas de aprendizaje a pedido y comparte los hallazgos de investigaciones que pueden ayudar a los funcionarios de ética a realizar sus funciones de manera más efectiva. Según lo informado por los responsables de dicha iniciativa, en los primeros años se triplicaron los funcionarios que participaron de las capacitaciones, siendo que el acceso al portal cada vez es mayor.²⁶⁸

De todo lo expuesto surge la innegable trascendencia de la capacitación como herramienta para la comprensión de las responsabilidades y normas éticas de los

²⁶⁷ **INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** Página web oficial consultada el 10 de mayo de 2023: <https://www.inap.es/conocenos>

²⁶⁸ **Fuente:** Organización de los Estados Americanos (OEA). Presentado por EEUU como buenas prácticas ante MESICIC. <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/buenas-practicas.html>

servidores públicos.

➤ **Presentación de declaración jurada de implicancias por parte de los servidores públicos.**

En la Administración Pública resulta relevante contar con información sobre la existencia de vínculos o relaciones que mantienen o han mantenido los servidores públicos, que podrían llegar a ser determinantes para evitar conflictos de intereses. De esta forma, la normativa prevé los siguientes extremos:

- Artículo 8 Numeral 5 Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.

“Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.”

En Uruguay se ha recogido dicha previsión en la normativa interna, a saber:

- Artículo 32 Ley No. 19.823. “(Declaración jurada de implicancias).- *“Todos los funcionarios que, a la fecha de vigencia de esta ley, se encuentren en las situaciones previstas por los Artículos anteriores deberán presentar, en un plazo máximo de sesenta días siguientes a dicha vigencia, una declaración jurada donde establezcan que clase de vinculación o actividades de las previstas en dichos Artículos mantienen, individualizando las personas o empresas y el tipo de relacionamiento o intereses con ellas, estándose a lo que resuelva el jerarca correspondiente.*

Dicha declaración jurada deberá ser presentada, en forma abierta, ante el jerarca del servicio donde el funcionario se desempeña.

Toda nueva situación de las previstas por los Artículos anteriores deberá ser declarada en la misma forma establecida en el inciso anterior dentro de los sesenta días de configurada y quedará sujeta a lo que resuelva el jerarca respectivo.”

- Artículo 33 Ley No. 19.823. “(Implicancias dudosas o supervinientes).- *Si al momento de ingresar a la función pública o durante su desempeño, resultare dudosa o estuviere cuestionada la configuración de alguna de las situaciones previstas en*

los Artículos 27 a 32 de esta ley, el funcionario deberá informarlo de inmediato y en forma pormenorizada por escrito a su superior jerárquico, quien deberá resolver fundadamente al respecto y, en su caso, sobre la permanencia del funcionario en la oficina.”

De esta forma, se prevé una declaración jurada donde los funcionarios públicos se encuentran obligados a denunciar vínculos y relaciones que sean susceptibles de generar conflictos de intereses. Este instrumento aporta transparencia y contribuye a la buena fe.

No obstante, le corresponde a la Administración implementar los mecanismos adecuados para que esa valiosa información con la que cuenta sea utilizada en forma correcta, debiendo darle seguimiento a la misma, en procura de que no se produzcan conductas indebidas.

➤ **Presentación de declaración jurada de bienes e ingresos por parte de servidores públicos que desempeñan determinadas funciones.**

El Artículo III de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, bajo el acápite “Medidas Preventivas”, establece que los Estados Parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer *“sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda”* (numeral 4).

Las Declaraciones Juradas consisten en una herramienta que procura contribuir en la prevención, detección, sanción y en definitiva en la búsqueda de la erradicación de la corrupción y prácticas no deseadas.²⁶⁹

²⁶⁹ PINTO NERÓN, Ximena. “Estimación de los aportes del sistema de Declaraciones Juradas y sus contribuciones a la prevención de la corrupción”, publicado en *Memoria Anual de la JUTEP* del año 2014, Págs. 98 – 164.

➤ **Mecanismos que aseguren la transparencia y publicidad, así como la competitividad en los sistemas de contratación de los funcionarios públicos,** procurando contar con el personal más idóneo, basado en criterios objetivos que aseguren la consideración de los méritos, la equidad y la eficiencia, así como pautas claras y control sobre la actuación posterior al cese en la función pública.

En cuanto al ingreso de los funcionarios públicos a la Administración, la normativa de fuente convencional lo regula en forma expresa, en tanto preceptúa:

- **Artículo 7. Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.** *“1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;”*
- **Artículo III Numeral 5º Convención Interamericana Contra la Corrupción.** *“...Los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.”*

Los criterios claros para la selección de los servidores públicos y su aplicación con la necesaria difusión, generan confianza en la población y legitiman su accionar.

Por otra parte, debe considerarse que resulta importante también prever pautas claras para el cese de la relación funcional. En ese sentido, la Convención de Naciones Unidas exige prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades

o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo.

Este aspecto de vinculación es conocido como mecanismo de la “puerta giratoria” (revolving door), el que se desarrolla mediante el trasiego del sector público al sector privado, el cual ha sido analizado precedentemente.

➤ **Mecanismos que aseguren la publicidad, transparencia, competencia e igualdad en los sistemas de contratación de suministros, servicios no personales y obra pública.**

Las normas anticorrupción establecen provisiones expresas para evitar las prácticas indebidas en la contratación de bienes, servicios no personales y obra pública.²⁷⁰

Así, adquiere especial relevancia el comportamiento de los servidores públicos vinculados al desempeño de tareas relacionadas con la contratación pública. Es menester tener presente que la contratación pública constituye uno de los sectores sensibles a la corrupción y prácticas no debidas, por lo que comúnmente se dice que la actuación en dicha materia configura “bandera roja” al respecto.

➤ **Mecanismo de consulta administrativa ante dudas sobre cómo proceder.**

Una herramienta preventiva de indudable importancia es la consulta que puede realizar cualquier funcionario cuando tiene dudas respecto de cómo proceder en un caso concreto.

Al respecto en Uruguay, los Artículos 10 y 11 de la Ley No. 19.823 prevén que el funcionario público que tiene dudas o inquietudes respecto de la aplicación de las normas de conducta en la función pública cuenta con la posibilidad de formularle la consulta por escrito a su jerarca, debiendo indicar en la misma todas

²⁷⁰ PINTO NERÓN, Ximena. “Ética y Contratación Pública”, publicado en *Revista Libertex*, Ed. Aletheia, España, Cuadernos Críticos del Derecho N° 2 – 15.

las circunstancias relevantes de la cuestión planteada.

El jerarca cuenta con un plazo de 30 días para expedirse, siendo que el funcionario que realizó la consulta quedará exento de responsabilidad administrativa cuando de buena fe ajuste su conducta a las instrucciones que disponga el jerarca, salvo en los casos de configuración de un ilícito penal, circunstancia en que dicha exoneración de responsabilidad administrativa no será aplicable.

Esta es entonces una importante herramienta preventiva, pues es posible que se configuren dudas o incluso dilemas éticos, que el jerarca podrá dirimir, otorgando seguridad jurídica en la actuación.

➤ **Promoción de los mecanismos de transparencia activa y pasiva.**

La promoción de mecanismos de transparencia activa y pasiva permiten otorgarle a la población información pública de calidad, lo que coadyuva a legitimar la actuación administrativa.

Debe destacarse en diversos países el dictado de normas sobre acceso a la información pública, siendo que en los países objeto de análisis se regula de la siguiente forma:

PAÍS	NORMATIVA APLICABLE	DENOMINACIÓN
URUGUAY	Ley No. 18.381 de 17 de octubre de 2008	Ley sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública
ESPAÑA	Ley No. 19/2013 de 9 de diciembre de 2013	Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Es necesario concientizar a los servidores públicos acerca de la trascendencia de otorgar la información y de generar cada vez mayor información y de calidad que esté disponible en formato abierto para su revisión por parte de la

población²⁷¹, siendo que resulta importante considerar el impacto de las tecnologías de la información al respecto.²⁷²

El Preámbulo de la Ley española que ha sido referida, contiene preceptos que resultan de gran claridad y son compartibles. En efecto, se indica que:

“La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos. Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.”

➤ **Difusión en medios de comunicación y redes sociales de las políticas públicas en materia de ética y régimen anticorrupción.**

La difusión de la temática referida a la ética pública, así como de las medidas adoptadas en cada caso, ayudan a promover el conocimiento en la población, fomentando una cultura ética y previniendo conductas indebidas.

²⁷¹ **SENA PRIETO, Sonia.** “Transparencia en la contratación pública”, publicado en “*Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Emérito Dr. Carlos Delpiazso*”, Ed. FCU, 1ª Ed., Montevideo – Uruguay, Año 2021.

²⁷² **BORCHE ALONSO, Alejandro.** “Uso de las nuevas tecnologías en materia de contratación”, publicado en “*Renovación de la contratación pública*”, Ed. FCU, 1ª Ed., Montevideo – Uruguay, Año 2013, Pág. 365 y sgtes.

➤ **Institutos de excusación y recusación para evitar conflictos de intereses.**

A efectos de evitar los conflictos de intereses, debemos considerar los institutos de excusación y de recusación, que son previstos con la finalidad de que no se produzcan situaciones que afecten la imparcialidad y la probidad, tutelando en definitiva, un obrar acorde a la integridad.

Al respecto, tanto la normativa de ética pública como la de procedimiento administrativo en general contienen disposiciones que contemplan los institutos referidos, como pilares del obrar público para garantizar la actuación recta y sin sesgos.

B) HERRAMIENTAS DE DETECCIÓN

Se trata de instrumentos que tienen por objeto detectar o descubrir la existencia de conductas que no se ciñen al deber ser en cuanto al comportamiento ético. Dentro de este tipo de herramientas, podemos individualizar las siguientes:

➤ **Denuncia, con protección de denunciante, víctimas y testigos.**

Para la detección de prácticas indebidas, resulta fundamental prever mecanismos de denuncia que permitan que quien conoce una situación irregular, lo ponga en conocimiento de las autoridades competentes.

La denuncia debe poder realizarse ante la Administración actuante, ante los Organismos de control, y ante las autoridades competentes en materia penal.

En Uruguay, la normativa prevé que dicha denuncia puede formularse en los siguientes términos:

- Ante la Administración actuante. Existen múltiples disposiciones que regulan dicha temática. En especial, se regula como obligación de los funcionarios públicos el denunciar situaciones irregulares, en el siguiente sentido:

- *Artículo 40 de la Ley No. 19.823: Todo funcionario público está obligado a*

denunciar irregularidades o prácticas corruptas de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones, de las que se cometieren en su repartición o cuyos efectos ella experimentare particularmente. Asimismo, deberá recibir y dar trámite a las denuncias que se le formularen al respecto. En uno y otro caso, las pondrá en conocimiento de sus superiores jerárquicos.

Si se tratare de irregularidades que pudieren causar perjuicios económicos, el funcionario público está obligado a comunicarlo por escrito a su superior jerárquico y al Tribunal de Cuentas de la República.”

- Ante los órganos de control. En especial, pueden presentarse denuncias ante la Junta de Transparencia y Ética Pública²⁷³, en su carácter de órgano de control superior en esta materia, y ante el Tribunal de Cuentas, como Entidad Fiscalizadora Superior del Uruguay.²⁷⁴
- Ante los Organismos con competencia en materia penal. El Artículo 41 de la Ley No. 19.823 dispone que el jerarca a quien compete resolver sobre las investigaciones internas de las que resultare la posible configuración de un delito tiene el deber de disponer la inmediata denuncia.

Para fomentar la presentación de denuncias, se le debe garantizar la protección al denunciante, a las víctimas y a los testigos, evitando represalias a su respecto.

En especial respecto del denunciante, se ha utilizado el término **whistleblower**, término en inglés que se traduce como “el que toca el silbato”, haciendo referencia a la persona que alerta sobre una irregularidad.

En otros ordenamientos jurídicos, como en el francés, se ha introducido esta figura refiriendo a los mismos como “**alertadores**”.

²⁷³ PINTO NERÓN, Ximena. “Junta de Transparencia y Ética Pública”, publicado en “*Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado*”, publicación del Instituto de Derecho Administrativo, Ed. FCU, 1ª Ed., Año 2017.

²⁷⁴ PINTO NERÓN, Ximena. “Control del Tribunal de Cuentas en materia de ética pública”, publicado en “*Semper Sapiens. Libro Homenaje al Profesor Dr. Felipe Rotondo Tornarúa*”, Ed. Alma Mater, 1ª Ed., España, Año 2022.

La **Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción** en su Artículo 32 establece:

“Artículo 32. Protección de testigos, peritos y víctimas.

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.”

Al respecto, en Uruguay – además de las normas específicas de ética pública – se han dictado las Leyes No. 18.494 (protección a víctimas y testigos en crimen organizado), No. 19.293 (Nuevo Código del Proceso Penal), No. 19.483 (creación de la Unidad de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación).²⁷⁵

Todo ello es importante por cuanto los denunciadores y testigos de actos indebidos, cumplen un rol esencial en la lucha contra la corrupción. No obstante, el temor a las represalias y a consecuencias negativas puede desincentivar la presentación de las denuncias, lo que nos hace concluir sobre la necesidad imperiosa de contar con marcos jurídicos adecuados donde se proteja la integridad de las personas.

En Europa, se dictó la Directiva No 2019/1937 de la Unión Europea sobre denuncia de irregularidades, la que fomenta la transparencia, a la vez que protege a los denunciadores.

En cumplimiento de la Directiva referida, en España se sancionó la Ley No. 2/2023 de 20 de febrero de 2023, la cual fue denominada “Ley de Protección de Informantes.”

Dicha Ley introduce preceptos de gran trascendencia, en procura de tutelar

²⁷⁵ Cabe destacar que según ha informado la JUTEP en marzo del año 2022 en el ámbito de MESICIC, se habrían producido 316 casos de testigos protegidos en Uruguay, pero ninguno de ellos vinculado a delitos contra la Administración Pública.

a quienes brinden datos que permitan detectar prácticas indebidas. En su Preámbulo se hace referencia a la especial importancia que la figura del informante tiene en determinados sectores, como ser en el de la defensa de la competencia. Al respecto, se indica que:

*“...coincidiendo con el impulso del Derecho de la Unión Europea, algunas regulaciones sectoriales, de manera especial en el ámbito financiero o **de defensa de la competencia**, han incorporado instrumentos específicos para que, quienes conocen de actuaciones irregulares o ilegales, puedan facilitar a los organismos supervisores datos e información útiles.”*

➤ **Implementación y fomento del instituto de clemencia o delación compensada.**

En ciertos sectores de actividad, para quebrar la confianza entre personas que participan en forma conjunta de actos de corrupción, es importante implementar y fomentar la aplicación del instituto de clemencia o delación compensada, mediante el cual se otorgan beneficios a quienes intervinieron en la conducta indebida, siempre que pongan en conocimiento la situación y aporten datos para su esclarecimiento y su eventual sanción.

Esto es común en las investigaciones de prácticas anticompetitivas, inclusive las que se producen en las contrataciones públicas, destacándose los casos de pactos colusorios.

En Uruguay, el Artículo 17 de la Ley N° 18.159 (Ley de Promoción y Defensa de la Competencia), en su último inciso dispone que:

“en el caso de prácticas concertadas entre competidores, se considerará como especial atenuante la denuncia realizada por uno de los miembros del acuerdo o el aporte que éste brinde para la obtención de pruebas suficientes para la sanción de los restantes infractores.”

Cabe indicar que, por las características del mercado uruguayo que es muy pequeño y tiene sus particularidades, muchas veces los pactos entre proveedores

son difíciles de detectar, por lo cual este mecanismo de la clemencia o delación compensada puede ser de utilidad.

Si la empresa denuncia la existencia de un cartel y aporta pruebas al respecto, puede verse beneficiada en cuanto a no recibir la sanción que le correspondería, o que la misma sea atenuada.

En consecuencia, entiendo que deberían reforzarse los mecanismos de clemencia o delación compensada, puesto que los mismos pueden tener también un efecto persuasivo al quebrar la confianza entre los agentes que se unen para prácticas anticompetitivas, en especial en las contrataciones públicas.²⁷⁶

Sin perjuicio de ello, del relevamiento efectuado surge que en muy pocos casos se produjeron casos de delación compensada en el país, por lo que debería ahondarse en las causas.

En España, cabe señalar que la reciente Ley No. 2/2023 de Protección de Informantes, modificó la Ley No. 15/2007 de Defensa de la Competencia, en los siguientes términos:

«Disposición adicional duodécima. Comunicación de posibles infracciones a través del canal externo de comunicaciones de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. Cualquier persona física podrá informar a través del canal externo de comunicaciones de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones de esta ley.

2. La comunicación de infracciones realizada por los informantes no tendrá la consideración de denuncia, a los efectos previstos en el Artículo 49 de esta ley, ni de solicitud de exención ni de reducción del pago de la multa, a los efectos de los Artículos 65 y 66 de esta ley.

²⁷⁶ **ZAK GODOY, Pablo y PINTO NERÓN, Ximena.** “Defensa de la competencia y contratación pública”, Capítulo IX de la obra “*Derecho de la competencia*”, AAVV, Martín Thomasset (Coord.), Ed. FCU, Montevideo – Uruguay, 1ª Edición, Junio de 2020, Págs. 503 y sgtes.

3. La comunicación puede llevarse a cabo de forma anónima. En otro caso, se preservará la identidad del informante, que sólo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora.

4. Las personas que comuniquen posibles infracciones de esta ley a través del canal externo de comunicaciones de la Dirección de Competencia tendrán derecho a las medidas de apoyo y protección previstas en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

5. Recibida la comunicación a través del canal externo de comunicaciones, la Dirección de Competencia procederá a su registro, siéndole asignado un código de identificación. El registro de las comunicaciones externas estará contenido en una base de datos segura y de acceso restringido exclusivamente al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia convenientemente autorizado por el titular de la Dirección de Competencia, en la que se registrarán todas las comunicaciones recibidas, cumplimentando los siguientes datos:

- a) Fecha de recepción.
- b) Código de identificación.
- c) Actuaciones desarrolladas.
- d) Medidas adoptadas.
- e) Fecha de cierre.

6. En un plazo no superior a diez días hábiles desde su recepción, la Dirección de Competencia procederá a acusar recibo de la comunicación, a menos que la comunicación sea anónima o el informante expresamente hubiera renunciado a recibir comunicaciones relativas a la investigación.

7. La Dirección de Competencia comprobará si la comunicación expone hechos o conductas que puedan constituir indicios de infracciones de esta ley. En el caso de que los hechos expuestos recayeran en el ámbito de competencias propio de otros órganos, dará traslado de los mismos a las autoridades y organismos competentes, comunicándoselo al informante, salvo que la comunicación fuera anónima o el

informante hubiera renunciado a recibir comunicaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Dicho traslado se realizará de forma que se mantengan las garantías señaladas para preservar la confidencialidad de la identidad del informante.

8. La Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. prestará a los informantes a que se refiere la presente disposición las medidas de apoyo y aplicará el régimen sancionador en lo relativo a las medidas de protección, previstas en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

9. Los apartados anteriores serán de aplicación igualmente a los canales de información de las autoridades autonómicas de competencia.”

Se destaca así la previsión sobre denuncias que se establece en el derecho español, con la participación de los órganos con competencia en materia de competencia.

➤ **Mecanismos de Inteligencia Artificial.**

La aplicación de mecanismos de Inteligencia Artificial puede contribuir a obtener datos que permitan detectar prácticas indebidas. Pensemos por ejemplo en la contratación pública, sector donde se maneja aproximadamente el 15% del PBI.

La utilización de mecanismos de Inteligencia Artificial puede contribuir a detectar desvíos o manejos inadecuados de fondos públicos.

En este sentido, en España, se destaca la existencia de la Unidad de Inteligencia Económica (UIE) como integrante de la CNMC. La misma tiene dentro de sus tareas, las siguientes:

- Aplicar la Inteligencia Artificial y la estadística para detectar la existencia de prácticas anticompetitivas.
- Aplicar herramientas de Business Intelligence que brinden elementos para la toma de decisiones por parte de la Dirección de Competencia.
- Obtención de información con técnicas Open Source Intelligence (OSINT)

- Aplicar los elementos necesarios para prevenir la colusión algorítmica.
- Gestionar diversas vías de colaboración ciudadana anónima que permitan contar con elementos para detectar prácticas indebidas, siendo quien se encarga del programa de informantes de ilícitos de competencia.

Resulta por demás trascendente la actuación de la UIE, siendo que no se encuentra una dependencia similar en el régimen uruguayo.

➤ **Cruzamiento de datos entre Organismos.**

El cruzamiento de datos entre Organismos – cada uno con información proveniente de su actuación en el ámbito de sus respectivos cometidos – puede otorgar elementos para detectar desvíos o situaciones a mejorar.

En ese sentido, pensemos en el intercambio entre los Organismos de competencia, con los de control de la contratación pública y los órganos de aplicación de la ética pública, cada uno en el ámbito de sus cometidos, compartiendo datos de relevancia.²⁷⁷

C) HERRAMIENTAS DE REPRISTINACIÓN

Son instrumentos que tienen por objeto restaurar o reconstruir la situación, recomponiendo el obrar para un comportamiento ético adecuado. Dentro de este tipo de herramientas, podemos individualizar las siguientes:

➤ **Implementación de procedimientos disciplinarios.**

La instrumentación de procedimientos disciplinarios resulta un imperativo,

²⁷⁷ Efectuando un análisis de sus pronunciamientos, surge que en Uruguay, en algunos casos, el Tribunal de Cuentas ha puesto en conocimiento de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia la configuración de presuntas prácticas anticompetitivas de los proveedores del Estado, lo cual ha resultado trascendente para que dicho órgano investigue y se pronuncie al respecto.

cuando se configura una irregularidad en la Administración Pública.²⁷⁸

En efecto, la determinación de una investigación administrativa cuando se deba determinar o comprobar la existencia de actos o prácticas irregulares y a la individualización de los responsables, o bien el sumario, cuando se deba determinar y comprobar la responsabilidad de uno o varios funcionarios públicos individualizados, resulta necesaria para recomponer el obrar del Estado en términos de buena administración.

La adopción de medidas en el servicio donde ocurrieron situaciones indebidas, o bien, la sanción a quienes tuvieron responsabilidad en los hechos, no sólo implica ser justo, sino que también tiene un efecto disuasivo y persuasivo de la conducta no ética.

La normativa internacional prevé que el Estado debe disponer los procedimientos disciplinarios adecuados en cada caso, para paliar la corrupción y prácticas indebidas.

➤ **Acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.**

En todo Estado de Derecho resulta trascendente que la responsabilidad del Estado. Pero tan importante como ello es contar con un sistema de responsabilidad civil de los servidores públicos.

El ejercer repetición contra el funcionario público cuando ello corresponde, no sólo es un acto de justicia para que haga frente a la erogación con su propio patrimonio quien la generó, sino que también constituye una conducta disuasiva y persuasiva para quienes obraron en forma incorrecta en casos de corrupción.

²⁷⁸ **DECIA, Rosario.** “Principio de probidad y derecho de defensa: sus diversas manifestaciones.”, publicado en *Derecho Administrativo Sancionatorio*, publicación del Instituto de Derecho Administrativo, Ed. FCU, Montevideo – Uruguay, Año 2019, Pág. 273 – 278.

D) HERRAMIENTAS DE DESARROLLO

Llamamos herramientas de desarrollo a aquellos instrumentos que procuran la transformación y evolución del comportamiento ético. Dentro de este tipo de herramientas, podemos individualizar las siguientes:

➤ **Instrumentación de programas de Compliance en el sector público.**

El término Compliance refiere al cumplimiento normativo, y ha adquirido importancia singular en los últimos tiempos.

Instaurar el Compliance en el sector público implica generar una cultura de cumplimiento a través de un sistema de gestión que tiene como objetivo identificar riesgos de contravención a las normas, procurando prevenir, detectar, disuadir y persuadir de incurrir en conductas indebidas, así como generar una mejora en la función pública, debiendo recordar con la Profesora española **Concepción CAMPOS ACUÑA** que:

*“La aplicación del Compliance en el sector público no se reduce a su capacidad de prevención y lucha contra la corrupción, sino también en la mejora de la gestión pública, en términos de mejora en la calidad de los servicios, y de racionalización económica financiera. Existe una demostrada correlación entre la calidad democrática de los gobiernos y el desarrollo económico, entendido desde la incertidumbre que sistemas de gobierno con conductas corruptas provocan respecto al desarrollo de una actividad económica, partiendo de la premisa de una democracia de calidad.”*²⁷⁹

➤ **Controles. En especial, implementación de Auditorías de integridad ética.**

La participación de los Organismos de control externo permite el desarrollo, pero a su vez también tiene un componente preventivo, de fomento, de detección e incluso puede brindar elementos para la reprimenda.²⁸⁰

²⁷⁹ **CAMPOS ACUÑA, Concepción.** “El futuro del Compliance en el sector público español”. Consultado el 20 de agosto de 2022 en: <https://concepcioncampos.org/el-futuro-del-compliance-en-el-sector-publico-espanol/>

²⁸⁰ **PINTO NERÓN, Ximena.** “Control en materia de ética pública”, publicado en *Derecho Administrativo Sancionatorio*, publicación del Instituto de Derecho Administrativo, Ed. FCU, Montevideo – Uruguay, Año 2019, Pág. 293 – 316.

Pero además, debemos señalar la importancia del control interno, que puede arrojar elementos para la mejora del obrar administrativo.

Dentro de las actividades de control, se destacan diversas iniciativas en el mundo, dentro de las que encontramos la presentada en Brasil por el Ministerio de Transparencia y Comptante General de la Unión – CGU.

Dicha Organización implementó una metodología de auditoría de evaluación de la integridad que se basa en el uso de técnicas como el análisis de documentos; la realización de pruebas de auditoría para verificar la aplicación de las normas y los controles; y aplicación de cuestionarios online para obtener la percepción de los empleados sobre el compromiso de la empresa con la ética y el funcionamiento de instrumentos como el canal de denuncias, además de evaluar sus conocimientos sobre las medidas de integridad existentes en la empresa.

Tal como han informado sus responsables al Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (MESICIC) en el ámbito de la OEA, como resultado de estas auditorías, a partir de las debilidades y oportunidades de mejora identificadas en cada obra, el Estado cuenta con los elementos necesarios para la elaboración de un plan de acción que promueva el mejoramiento de sus mecanismos de integridad.²⁸¹

➤ **Actividades de formación ciudadana.**

Se entiende que resulta imprescindible realizar actividades de formación ciudadana, a efectos de crear una concepción de la ética pública, que redundará en beneficio de la comunidad toda.

Debemos destacar la previsión del Artículo 71 inciso 2º de la Constitución uruguaya, en tanto preceptúa:

- *“En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.”*

Así, es necesario capacitar e instruir a la población desde las primeras etapas

²⁸¹ Consultado en sitio web de MESICIC: visto el 31 de agosto de 2022 en: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/bp2018_br_form_esp_mecparticip.pdf

de formación, en materia de ética de los servidores públicos, en tanto ello ayudará a contribuir a la formación de la conciencia popular y a poner el tema en debate, generando la discusión y el intercambio de ideas, fortaleciendo la implementación de mecanismos de participación ciudadana.²⁸²

De esta forma, la capacitación resulta de imprescindible implementación, debiéndose advertir en los programas de formación acerca del flagelo de la corrupción, brindando herramientas para que tanto los servidores públicos como la población sean conscientes del alcance de la configuración de figuras tales como el nepotismo o el favoritismo para retribuir una ayuda brindada o a otorgarse en el futuro, entre otras múltiples acciones que, de producirse, afectan la integridad del obrar público.

➤ **Mecanismos de estímulo de participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.**

Es necesario fomentar la participación ciudadana y para ello es necesario otorgar información de calidad a la población, existiendo variados ejemplos de iniciativas que fomentan el registrar información para su control por parte de la ciudadanía.²⁸³

Por otro lado, existen iniciativas tendientes a generar sinergia entre la Administración y sectores específicos de la población, para la mejora del sistema.

284

²⁸² Cabe destacar la iniciativa Education For Justice (E4J) de Naciones Unidas, donde se promueve el trabajo en equipo para capacitar a escolares, liceales y estudiantes terciarios.

²⁸³ Cabe señalar la iniciativa existente en Argentina, donde se ha implementado en un portal web el Registro de obsequios y viajes abonados por terceros por parte de la Oficina Anticorrupción – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el que los servidores públicos deben proporcionar información con el acceso libre de la ciudadanía, con la finalidad de que cuenten con la información correspondiente.

²⁸⁴ Ejemplo de dicho tipo de iniciativas ocurrió en México, donde se conformó el Padrón de Integridad Empresarial de la Secretaría de la Función Pública (SFP) como un programa que tiene como objetivo el fomentar la integridad, la ética, la honestidad y la legalidad entre el Gobierno y las empresas, articulando el registro de todos aquellos interesados en el combate a la corrupción, la implementación de códigos de ética e integridad, la cultura de la legalidad y la adopción de mejores prácticas en la materia. En el marco de este Padrón de Integridad, se

XI.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES

El incumplimiento del deber ético por parte de los funcionarios actuantes en materia de contratación pública - lo que incluye las contravenciones a la libre competencia en esa esfera de actuación - los hace pasible de responsabilidades, siendo que a esos efectos resulta por demás trascendente, el hecho de que los principales postulados éticos se encuentren plasmados en normas jurídicas.

En efecto, si bien la ética va más allá de lo que surja de preceptos normativos, la circunstancia de que exista una norma jurídica que recoja deberes y obligaciones resulta fundamental al momento de llamar a responsabilidad a un servidor público.

De esta forma, se destacan los aspectos básicos de la responsabilidad, los que pueden esquematizarse de la siguiente forma:

- **Responsabilidad disciplinaria:** Los funcionarios públicos que cometen faltas disciplinarias deben ser sancionados, en el ámbito del poder disciplinario con que cuenta la Administración Pública Estatal. A esos efectos, deben seguirse los procedimientos pertinentes que se establecen en los diversos ordenamientos jurídicos, otorgando todas las garantías necesarias, en respeto del principio del debido proceso y el derecho de defensa.

En España, el Real Decreto N° 33/1986, de 10 de enero de 1986 aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

Entre las faltas graves que tipifica, establece en su Artículo 7 Literal g), la de:

otorga un Distintivo de Integridad Empresarial, el cual reconoce a las empresas con buenas prácticas anticorrupción, resguardos de Derechos Laborales, igualdad de género, controles de riesgo y vigilancia y adecuados canales de denuncia, mediante el registro voluntario en una plataforma digital que a su vez ayudará en la prevención y sanción de malas prácticas. Consultado el 30 de agosto de 2022 en:

http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/bp2019_sem2_mex_form_mecparticip2.pdf

“Intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.”

Ésta es una de las faltas previstas expresamente, que es susceptible de producirse en un procedimiento de contratación pública.

Como analizamos al estudiar el principio de imparcialidad, el funcionario público que advierte que existe alguna circunstancia que puede afectar su neutralidad, debe excusarse de participar en el procedimiento referido, y si no lo hace, es posible de tipificar una falta administrativa que lo hará merecedor de una sanción.

- **Responsabilidad civil – patrimonial:** Por otra parte, el funcionario que adopta una conducta causando un daño a la propia Administración o a terceros, es posible de responsabilidad civil, respondiendo patrimonialmente cuando se configuren los extremos que hacen nacer la responsabilidad citada.

Por regla general, en un Estado de Derecho, el mismo es el primero en someterse al ordenamiento jurídico, por lo que es posible de responsabilidad como cualquier otro sujeto de derecho.

En este sentido, gran cantidad de las Constituciones de diversos países recogen como normas de máxima jerarquía, aquellas que regulan la responsabilidad del Estado.

En cuanto a la responsabilidad en materia de contratación pública, deben destacarse las siguientes disposiciones en los países objeto de análisis:

PAÍS	NORMA
URUGUAY	Artículo 137 TOCAF <i>“La responsabilidad administrativa en materia financiero contable alcanza a todos los funcionarios públicos con tareas o funciones vinculadas a la gestión del patrimonio del Estado. Alcanza además a los jerarcas y empleados de las entidades o personas</i>

	<p><i>públicas no estatales que utilicen indebidamente fondos públicos, o administren incorrectamente bienes del Estado, en lo pertinente.</i></p> <p><i>Alcanza además a los funcionarios de control que hubiesen intervenido el acto ilegal o irregular, o no se hubieran opuesto al mismo, así como a las entidades o personas no estatales y sus directores o empleados que utilicen indebidamente fondos públicos, o administren incorrectamente bienes del Estado, en lo pertinente.</i></p> <p><i>La responsabilidad administrativa se genera por el apartamiento de las normas aplicables, de los objetivos y metas previstos, y el apartamiento inexcusable de los principios y procedimientos de buena administración, en todos los casos en lo relativo al manejo de dineros o valores públicos y a la custodia o administración de bienes estatales.</i></p> <p><i>Las transgresiones a las disposiciones de la presente ley constituyen faltas administrativas, aún cuando no ocasionen perjuicios económicos al Estado. Las responsabilidades se graduarán conforme a la jerarquía del infractor y a su nivel de responsabilidad en la materia. En todos los casos los infractores estarán sujetos a las sanciones administrativas o disciplinarias aplicables y, cuando corresponda, a las responsabilidades civiles, penales o políticas emergentes, de conformidad con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes y las que se establecen en los artículos siguientes.”</i></p>
<p>ESPAÑA</p>	<p>Disposición Adicional vigésima octava de la LCSP</p> <p>Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas.</p> <p><i>“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.</i></p> <p><i>2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas</i></p>

	<p><i>dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.”</i></p>
--	---

- **Responsabilidad penal:** Si la conducta asumida encuadra en la tipificación de alguno de los delitos previstos por la normativa vigente, surgirá el reproche penal de dicho obrar.

La **Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción** contiene previsiones relacionadas con la responsabilidad penal, en los siguientes términos:

- Artículo 15. Soborno de funcionarios públicos nacionales.

“Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.”

- Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción

comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

- Artículo 17. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público.

“Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.”

- Artículo 18. Tráfico de influencias.

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.”

- Artículo 19. Abuso de funciones.

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa

intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.”

- Artículo 20. Enriquecimiento ilícito.

“Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.”

- Artículo 21. Soborno en el sector privado.

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.”

- Artículo 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado.

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.”

Cada país tipifica las conductas delictivas que resultan reprobables, sin perjuicio de lo cual - con independencia de las particularidades del tipo penal establecidas en cada ordenamiento jurídico – podemos afirmar que algunos de los delitos que son susceptibles de cometerse en el ámbito de la contratación pública, relacionados con la libre competencia son:

- COHECHO:

El cohecho es la conducta delictiva que se asocia en forma directa con el concepto de corrupción, sin perjuicio de los matices existentes en las diversas regulaciones normativas de los países.

En efecto, el cohecho comprende el soborno, la solicitud y aceptación de dádivas, regalos u otros beneficios para retardar un acto debido, o para realizar un acto concreto y otro tipo de conductas.

Los autores argentinos **Marcelo COLOMBO y Paula HONISCH** expresan que el cohecho es:

“el delito insignia de las irregularidades en las contrataciones públicas”, siendo en la mayoría de los casos “de muy difícil prueba” en tanto “suele imperar un alto nivel de opacidad, secreto e intrascendencia hacia terceros distintos de los que en tiempo y modo lo practican.”²⁸⁵

A este delito se le conoce comúnmente como “pago de coimas” o sobornos, y es corriente que los diversos autores lo emparenten en forma directa con el concepto mismo de corrupción.

- TRÁFICO DE INFLUENCIAS:

Refiere a la invocación de influencias (reales o simuladas), y en aras de ello solicitar o recibir un provecho económico, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su encargo, o bien por ejecutar un acto del mismo.

²⁸⁵ **COLOMBO, MARCELO y HONISCH, PAULA.** “Delitos en las contrataciones públicas”, Ed. AD HOC, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Setiembre de 2012. Pág. 133.

- MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS:

Los países que tipifican este delito, incluyen diversas conductas, realizadas por diversos agentes y en situaciones disímiles. Lo trascendente es que lo que procura es tutelar el desenvolvimiento normal de los caudales o públicos.

Contempla - en algunas regulaciones normativas - el caso de los funcionarios que dan a los caudales o recursos públicos una aplicación diferente a la que están destinados.

En algunos países específicamente se hace referencia al peculado, mientras que en otros se incluye la conducta que refiere al mismo dentro de la malversación de caudales públicos.

El delito de peculado en general, se tipifica cuando el funcionario público se apropia de dinero o cosas muebles de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno.

Otros delitos que pueden estar vinculados a la contratación y la libre competencia son el fraude, el abuso innominado de funciones, la revelación de secreto y la utilización indebida de información privilegiada.

Respecto de los privados que realizan prácticas anticompetitivas, en especial aquellos que participan de un pacto colusorio, puede verificarse el delito de **ESTAFA**, donde se ponen de acuerdo los sujetos para engañar al Estado con el objeto para obtener un provecho.

Dicho delito es tipificado de la forma que a continuación se indica en los países objeto de análisis:

PAÍS	NORMA
URUGUAY	Artículo 347 Código Penal Uruguayo <i>“El que con estratagemas o engaños artificiosos indujere en error a alguna persona, para procurarse</i>

	<p><i>a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.”</i></p> <p style="text-align: center;">Artículo 348 Código Penal Uruguayo</p> <p><i>“Son circunstancias agravantes especiales: 1. Que el hecho se efectúe en daño del Estado, del Municipio o de algún ente público;”</i></p>
ESPAÑA	<p style="text-align: center;">Artículo 248 Código Penal Español</p> <p><i>“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.</i></p> <p><i>Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.</i></p> <p><i>Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.”</i></p>

XII.- RELEVAMIENTO DE DATOS

A los efectos de la presente investigación, se realizó un trabajo de campo que permitió contar con la siguiente información relevante:

▪ **ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE COMPETENCIA**

Se efectuó un análisis de las Memorias Anuales de los Organismos de competencia en Uruguay y España correspondientes a los últimos 4 años disponibles, surgiendo la siguiente información:

➤ **Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC).**

Del relevamiento y sistematización de los datos proporcionados por la CPDC en ocasión de contestar la solicitud de acceso a la información pública presentada por nuestra parte, surge que en el período comprendido entre los años 2009 y 2021, los casos en que la CPDC ha actuado en temas de libre competencia en la contratación pública, son 61, discriminados de la siguiente forma:

AÑO	CANTIDAD DE ASUNTOS
2009	2
2010	2
2011	3
2012	4
2013	2
2014	3
2015	4
2016	4

2017	7
2018	10
2019	8
2020	7
2021	5
TOTAL	61

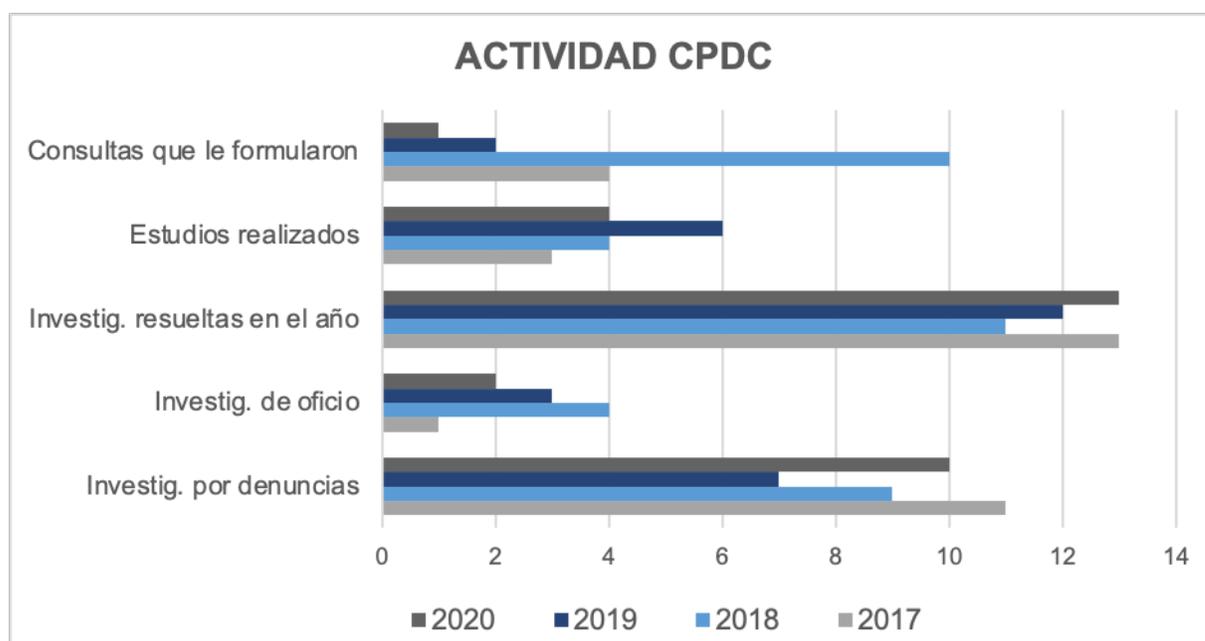


Analizados los datos aportados, surge que:

- En varios casos la CPDC inició los procedimientos referidos a instancias de la comunicación efectuada por el Tribunal de Cuentas, quien detectó presuntas prácticas anticompetitivas al efectuar el control de legalidad sobre los gastos y pagos de las Administraciones Públicas Estatales.
- En algunos casos existieron comunicaciones entre la CPDC y los órganos reguladores Banco Central (BCU), URSEA y URSEC.

Por otra parte, de las Memorias de los años 2017 a 2020 (última disponible), surge la actuación de la CPDC en los siguientes términos:²⁸⁶

AÑO	Investig. por denuncias	Investig. de oficio	Investig. resueltas en el año	Estudios realizados	Consultas que le formularon
2017	11	1	13	3	4
2018	9	4	11	4	10
2019	7	3	12	6	2
2020	10	2	13	4	1



²⁸⁶ En los casos de investigaciones (por denuncias y por oficio) se indica la cantidad de asuntos iniciados en el año correspondiente. Por otra parte, cabe señalar que no se analizan los aspectos vinculados a la actividad de la CPDC en cuanto a las concentraciones, por no estar directamente vinculados al objeto de la presente investigación.

De lo expuesto surge que la mayor cantidad de asuntos que tramita la CPDC refiere a investigaciones derivadas de denuncias, en tanto las investigaciones que inicia de oficio, son sensiblemente inferiores.

En cuanto a las **resoluciones de las investigaciones** en los años indicados, debe señalarse que:

- ✓ En el **año 2017** sólo en un caso de los resueltos se confirmó la existencia de conductas anticompetitivas y se sancionó a la empresa respectiva.²⁸⁷
- ✓ En el **año 2018** no se constató ningún caso de existencia de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, en dicho período se efectuó una recomendación no vinculante al Poder Ejecutivo, requiriendo que se evaluara la adopción de medidas en relación a la normativa referente al usufructo económico del servicio para el transporte de prácticos de lanchas, en el sentido que – a juicio de la CPDC - podría estarse fijando una restricción al mercado en desmedro del resto de los agentes que ofrecen el servicio.
- ✓ En el **año 2019** no se constató ningún caso de existencia de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, en dicho período se efectuaron las siguientes recomendaciones no vinculantes:
 - Al Ministerio de Salud Pública, en cuanto a que la reglamentación de los dispositivos médicos debería ser justificada para evitar crear barreras a la entrada que pudieran perjudicar o entorpecer el acceso de los consumidores a los referidos equipos, sin perjuicio del objetivo principal de proteger y fomentar la salud pública.
 - A los organismos públicos para que tengan presente los efectos del Interlocking en los procedimientos competitivos de contratación.

²⁸⁷ En el caso, por Resolución No. 121/017 del 8 de noviembre de 2017 la CPDC consideró probada la existencia de abuso de posición dominante por parte de la empresa Fábricas Nacionales de Cerveza S.A., consistente en la celebración de acuerdos de exclusividad que limitan a los consumidores la posibilidad de optar entre diversas marcas de cerveza y obtener diversos precios y prestaciones, además de representar un obstáculo a los restantes competidores para el desarrollo efectivo de la libre competencia. Por ello se ordenó el cese de la conducta y se le aplicó a la empresa una multa por un monto de UI 15:000.000.

- A la Corte Electoral relativo a las compras de insumos para impresoras.
 - Al Instituto Nacional de la Carne (INAC) que es una Persona Pública No Estatal y demás agentes de la carne en cuanto a la publicación de información del sector y los anuncios de precios.
- ✓ En el **año 2020** no se constató ningún caso de existencia de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, en dicho período se efectuaron recomendaciones no vinculantes, entre las que se encuentran:
- A la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE) y a la Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE) en relación a aspectos de competencia en las licitaciones.
 - A los organismos públicos para que tengan presente los efectos del Interlocking en los procedimientos competitivos de contratación.

Cabe destacar que del análisis efectuado surge que en algunos casos la contestación a las consultas formales que se le efectúan a la CPDC culminan en el inicio de investigaciones de oficio o medidas preparatorias.

Por otra parte, en las Memorias referidas se proporciona la siguiente información:

- En cuanto a los plazos de actuación de la CPDC, las consultas se responden dentro de los 30 días, mientras que las investigaciones de prácticas prohibidas por el tiempo que insume el diligenciamiento de los medios probatorios y la complejidad del análisis hacen que la investigación insuma varios meses, y tratándose de casos muy complejos la duración promedio ha sido superior al año (Memorias de los años 2017 – 2018 - 2019 – 2020).
- La CPDC ha participado en diversas instancias internacionales que implican el fortalecimiento de relaciones institucionales, que en cada caso se detallan.

No obstante, en algún caso se indica que no se pudo participar presencialmente por razones presupuestarias, como por ejemplo en las que a continuación se detallan:

- Comité Técnico No. 5 “Defensa de la Competencia” (CT5) del MERCOSUR en Brasilia del año 2017.
 - XXVII CNB MERCOSUR – UE, celebrada en Buenos Aires (Argentina) del 20 al 24 de marzo de 2017. La delegación uruguaya no pudo participar presencialmente por temas presupuestarios, pero participó activamente a distancia.
 - Negociaciones MERCOSUR – EFTA, celebradas en Buenos Aires (Argentina) del 13 al 16 de junio de 2017. La delegación uruguaya no pudo participar presencialmente por temas presupuestarios, pero participó activamente a distancia.
 - Foro Latinoamericano de Competencia organizado por BID – OCDE, celebrado en Managua (Nicaragua) del 4 al 6 de junio de 2017.
 - Negociaciones MERCOSUR – EFTA, celebradas en Buenos Aires (Argentina) en abril de 2018.
 - Foro Latinoamericano de Competencia organizado por BID – OCDE, celebrado en Buenos Aires (Argentina) en el año 2018.
-
- La CPDC no dispone de los recursos humanos necesarios para encarar una actividad proactiva y planificada del área de Comunicaciones, sin perjuicio de lo cual – a juicio de la CPDC – el interés de los medios de comunicación permitió que las acciones realizadas tuvieran una difusión significativa a través de diversos medios de prensa escrita y de programas radiales (Memorias de los años 2017 – 2018 – 2019 – 2020).
 - La CPDC recibe pedidos de acceso a la información pública, así como pedidos de informes de los legisladores.

Respecto de las **actividades de capacitación**, se destacan algunas instancias en las que el personal de la CNMC participó, mientras que en otros casos se indica la participación en instancias formativas. En especial, se destaca la realización del “Día de la Competencia” que se efectúa anualmente.

Asimismo, se destacan **otras acciones de promoción de la competencia**, a saber:

- Elaboración de la Guía de Libre Competencia para Asociaciones Empresariales y Gremiales en el año 2018.
- Elaboración de la Guía de Sector Público y Libre Competencia en el año 2019.
- Elaboración de la Guía para el análisis de las Concertaciones Económicas en el año 2020.

En cuanto al instituto de delación compensada, no surge de las Memorias analizadas su ocurrencia en el período referido.

➤ **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).**

De las Memorias de los años 2018 a 2021 (última disponible), surge la actuación de la CNMC en los siguientes términos:²⁸⁸

²⁸⁸ Es menester destacar que no se analizan los aspectos vinculados a la actividad de la CNMC en cuanto a las concentraciones, por no estar directamente vinculados al objeto de la presente investigación.

AÑO	Cantidad de casos en los que se detectaron prácticas anticompetitivas	Casos de colusión en contratación pública	Sanciones por cárteles	Informes
2018	8	4	115 millones de Euros (111 millones de Euros una vez deducidos los montos por clemencia)	- 48 en materia de contratación pública - 13 sobre convenios
2019	7	2	172,6 millones de Euros (146 millones de Euros una vez deducidos los montos por clemencia)	- 48 en materia de contratación pública - 8 sobre convenios
2020	3	1	4,3 millones de Euros	- 66 en materia de contratación pública - 11 sobre convenios

2021	7	6	203,5 millones de Euros	- 64 en materia de contratación pública - 34 sobre convenios
-------------	---	---	-------------------------------	--

De acuerdo a lo que surge del relevamiento efectuado, las prácticas sancionadas pueden graficarse de la siguiente forma:



Surge de lo expuesto que de las prácticas anticompetitivas sancionadas, gran cantidad lo fueron por tratarse de colusión. En especial en el año 2021, 6 de las 7 prácticas sancionadas corresponden a conductas colusorias.

Además debe señalarse que:

- ✓ En el **año 2018** la CNMC dictó 4 Resoluciones contra empresas que participaban en cárteles, siendo que 2 de ellas se acogieron al programa de

clemencia. Se destaca en la Memoria del año 2018 la efectividad de la colaboración con otras Administraciones públicas, dado que las mismas pusieron en conocimiento de la CNMC determinadas circunstancias relativas a licitaciones que habían convocado, siendo el origen de los otros dos cárteles sancionados en 2018. Los casos resueltos en el 2018 son:

- Expediente sobre mensajería y paquetería empresarial, el que comenzó con una solicitud de clemencia presentada por la empresa General Logistics Spain SL. Se descubrieron 9 cárteles en los que las empresas se comprometían a no realizar ofertas comerciales a ninguno de los clientes de su competidora. La Sala de Competencia de la CNMC impuso a 10 empresas de mensajería y paquetería sanciones por más de 68 millones de Euros. Por su parte, quien delató la existencia del pacto se benefició con la exención de 3,8 millones de Euros.
- El caso de las Agencias de Medios, que se originó mediante una consulta formulada por la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en relación a una licitación celebrada en mayo de 2014 para las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado. Se comprobó que varias empresas de intermediación publicitaria se coordinaron para alterar las condiciones y repartirse las licitaciones, para lo que intercambiaron vasta información. La Sala de Competencia de la CNMC impuso a 5 empresas de intermediación publicitaria y a 3 directivos sanciones por más de 7 millones de Euros.
- El expediente de licitaciones para aplicaciones informáticas, el cual se inició en una comunicación efectuada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. La problemática se suscitó en una licitación convocada para los servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones de administración electrónica del Departamento de Informática Tributaria. En el caso

se comprobó que varias empresas del sector de servicios de informática se habían repartido una gran cantidad de contratos de varios organismos públicos. En definitiva, la Sala de Competencia de la CNMC impuso a 11 empresas de prestación de servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos sanciones por más de 30 millones de Euros.

- El caso de Baterías Automoción consiste en un expediente iniciado por una solicitud de clemencia. A raíz de ello, se efectuaron inspecciones, recabándose documentación de las que surgían datos sobre las conductas investigadas. Se sancionó a 2 empresas al acreditarse el cártel llevado a cabo desde el año 2008 hasta el 2012, período en el que los proveedores formularon una estrategia común para fijar a la baja los precios de compra de baterías usadas de los vehículos. La Sala de Competencia de la CNMC impuso multas por un total de 5,37 millones de Euros.
- ✓ En el **año 2019** se dictaron dos Resoluciones sancionatorias de cárteles, las que se indican a continuación:
 - Expediente sobre electrificación y electromecánica ferroviarias, el que comenzó con la solicitud de clemencia presentada por la empresa Alstom. Ello culminó con la acreditación de que 15 empresas y 14 directivos que resultaron sancionados fueron los creadores de 3 cárteles para falsear la competencia en los concursos públicos de infraestructura ferroviaria de Adif. La Sala de Competencia de la CNMC impuso sanciones totales por más de 119 millones de Euros a las 15 empresas infractoras. Cabe señalar que 2 empresas y 3 directivos se beneficiaron de exenciones y reducciones de multa por haberse acogido al programa de clemencia. Este caso resultó emblemático pues en él por primera vez la CNMC realizó una mención expresa a la prohibición de contratar con la Administración, remitiendo la Resolución a la Junta

Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos de la prohibición de contratar prevista en el art. 71. 1 de la LCSP.

- Actuaciones sobre mantenimiento y montaje industrial, el que comenzó con la solicitud de clemencia formulada por el Grupo Navec. En el caso se comprobó que 19 empresas de montaje y mantenimiento industrial y 8 directivos organizaron un cártel, que fue creado para encarecer los servicios prestados fundamentalmente a empresas del sector energético y petroquímico. La Sala de Competencia de la CNMC impuso sanciones por más de 53 millones de Euros. En este caso, al igual que en el anterior, se remitió la Resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a los efectos de la aplicación del Artículo 71.1 de la LCSP.
- ✓ En el **año 2020** fueron dos los casos en que se impusieron sanciones por cárteles, a saber:
- Expediente de radares meteorológicos, en el que se recibió de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) una denuncia del Servicio Meteorológico de Cataluña (METEOCAT) contra las empresas MCV y Adasa por haber presentado ofertas similares en una licitación de radares. Se expresa en la Memoria 2020 que tras efectuarse inspecciones domiciliarias, se pudo acreditar que Adasa Sistemas, Schneider Electric España y DTN Services and Systems Spain se habían repartido varios concursos públicos de la AEMET para el mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos. La Sala de Competencia de la CNMC impuso una sanción total de 610.000 Euros a las tres empresas infractoras.
 - En el caso de combustibles sólidos, la Autoridad Vasca de Competencia inició actuaciones que culminaron con la acreditación de la existencia de tres cárteles para el reparto de mercado y la fijación de los precios finales, a la vez que resultó probado el

intercambio de información comercial sensible entre los agentes. La Sala de Competencia de la CNMC impuso sanciones a 7 empresas y a 5 directivos por un importe total de 3,7 millones de Euros. Tanto en este caso como en el anterior, la Resolución fue remitida a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos de aplicar a las empresas sancionadas la prohibición de contratar prevista en el Artículo 71. 1 de la LCSP.

- ✓ En el **año 2021** se impusieron sanciones por importes elevados, destacándose que:
- La sanción más grande en dicho período corresponde al expediente de Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias, en el que se sancionó con más de 127,8 millones de Euros a las principales empresas de sistemas de seguridad, señalización y comunicaciones de la red del AVE, media distancia y cercanías en España. Además, se sancionó a 10 directivos de las compañías por su responsabilidad.
 - En el expediente de conservación de carreteras, la CNMC sancionó a 12 empresas por alteración de las licitaciones de servicios de conservación y explotación de carreteras de la Red de Carreteras del Estado, imponiéndoles una sanción total de 61,3 millones de Euros.
 - Se sancionó a 22 empresas de consultoría por la manipulación de licitaciones públicas por un monto de 6,3 millones de Euros, destacándose que resultaron sancionados asimismo 13 de sus directivos.
 - Se sancionó a 4 empresas dedicadas a la prestación de servicios de biblioteca y gestión de archivos y documentos por la manipulación de licitaciones públicas, ascendiendo la sanción a la suma de 161.855 Euros.
 - Las dos principales farmacéuticas fabricantes de radiofármacos PET en España fueron sancionadas con 5,76 millones de Euros por el reparto de los contratos para el suministro del radiofármaco a hospitales públicos y privados.

- Se sancionó a varias empresas de transporte de viajeros de la comunidad autónoma de Cantabria por un total de 1 millón de Euros por haberse configurado acuerdos de reparto de mercado y de no competencia, así como por asociación por haber realizado una recomendación colectiva de precios.

En cuanto a los casos en que se detectaron cárteles en la contratación pública en los años indicados, se pueden graficar las sanciones pecuniarias de la siguiente forma: ²⁸⁹



En cuanto al instituto de **Clemencia**, se brindan en la Memoria del año 2018 los siguientes datos:

- 12 de los 36 cárteles que han sido desmantelados desde la creación de la CNMC hasta el año 2018 se han acogido al programa de clemencia, de los cuales 10 de ellos han contado con solicitudes de exención y en 2 de los casos además fueron presentadas solicitudes de reducción.

²⁸⁹ Los montos son expresados en millones de Euros. A los efectos de realizar el gráfico, se fijan los montos iniciales, debiendo tener presente que en los años 2018 y 2019 se abatieron los montos por las exenciones y reducciones en virtud de la aplicación del programa de Clemencia.

- En términos globales las sanciones impuestas en este período se han visto reducidas en más de 140 millones de Euros por exenciones y reducciones en el marco del programa de clemencia.

Por otra parte, respecto de las **actividades de capacitación por parte de la CNMC**, se destaca:

- La capacitación de los empleados públicos en materia de riesgos de infracciones de competencia en la contratación pública en el año 2021 benefició a 200 empleados públicos.
- Desde el año 2014 al 2021 se capacitó a un total de 2.500 servidores públicos en dicha materia.
- En el año 2020 se efectuaron 6 acciones formativas para empleados públicos específicamente en materia de contratación pública.
- La Unidad de Inteligencia Económica, en colaboración con el Departamento de Promoción, ha participado en acciones de formación. En ese sentido, durante el año 2020 participó en 13 sesiones de formación destinadas a los órganos de contratación de las distintas Administraciones Públicas, con el objeto de facilitar la detección de indicios de conductas anticompetitivas en los procesos de licitación pública.

Asimismo, se produjeron **otras acciones de promoción de la competencia**, a saber:

- Realización de publicaciones en el blog de la CNMC, donde se dan a conocer sus actuaciones con un lenguaje claro y con formato accesible. En el año 2021 se publicaron 13 entradas, siendo que se recibió un promedio mensual de 54.841 visitas. Se destaca que el 71,66% de sus lectores accedieron desde el buscador de Google.
- En el año 2021 se inició un proceso de reforma de la página web y por otra parte, se diseñó y comenzó a ejecutar un plan de redes sociales, para

lo cual se modernizó y unificó la imagen corporativa en los diferentes perfiles.

En especial, en materia de **libre competencia en la contratación pública**, deben considerarse las siguientes acciones:

- En el año 2018 se realizaron 9 instancias de formación en materia de diseño de pliegos y detección de acuerdos entre competidores, en las que participaron 370 técnicos de los órganos de contratación. Además, la CNMC a petición de diferentes Administraciones viene informando sobre pliegos de contratación con el fin de identificar mejoras que incentiven la competencia entre empresas licitantes.
- En el año 2019 la CNMC realizó 3 estudios de relevancia, siendo que uno de ellos refirió a los procedimientos de contratación pública en España. En la Memoria del año 2019 se explicita que:
“El estudio evalúa la incidencia que tiene acudir a los procedimientos de contratación más competitivos sobre la eficiencia económica. En concreto, aísla y determina cuantitativamente el efecto del procedimiento de contratación elegido sobre el coste del contrato para la Administración. Una de las principales dificultades del análisis es que existen importantes limitaciones de las bases de datos existentes, por lo que el análisis se centra exclusivamente en la Administración General del Estatal. El estudio corrobora, en términos generales, situaciones de reducida intensidad de la competencia en el aprovisionamiento público: en casi un 34% de los contratos estatales hay un único participante y en un 66% de los contratos hay 3 o menos participantes. Otra conclusión importante es que, en los contratos de importe reducido, que tienen un peso significativo en el total de contratos, se ha recurrido con mucha frecuencia al procedimiento negociado sin publicidad.”
- En el año 2020 se iniciaron acciones para la actualización por fases de la Guía sobre contratación pública y competencia, la cual data del año 2011. Dicha Guía ofrece pautas para mejorar el diseño de las licitaciones públicas y para detectar posibles situaciones de colusión entre las

empresas que participan en dichos procedimientos. El primer documento de actualización de la Guía aprobado en 2020 refiere a la fase de “Planificación” de las compras de las entidades públicas y fue producto de una consulta pública efectuada en el año 2019 en la que participaron alrededor de 60 agentes, realizándose una jornada de debate entre expertos, representantes de la Comisión Europea, la OCDE, el Tribunal de Cuentas, los Ministerios de Hacienda y Defensa, la OIReSCon, entre otros, contando asimismo con empresas y profesionales del sector privado.

En la información relevada, se destaca la **creación de la Unidad de Inteligencia Económica en el año 2018** en el seno de la Dirección de Competencia, la que según la Memoria del 2020 cuenta *“con personal especializado y recursos específicos, para la detección de oficio de conductas anticompetitivas y, en especial, para la lucha contra los cárteles.”*

Las investigaciones que ha realizado la Unidad referida pueden graficarse de la siguiente forma:

AÑO	CANTIDAD DE INVESTIGACIONES INICIADAS	PROCEDENCIA DE LAS INVESTIGACIONES
2020	24	- 16 de informantes anónimos - 5 de diferentes órganos administrativos de contratación - 2 de agencias antifraude - 1 de otra unidad de la CNMC
2021	13	- 4 de oficio - 9 a instancia de otras unidades de la CNMC

En el año 2021 la Unidad realizó 16 informes en virtud de los Artículos 132 y 150 de la LCSP, debiendo destacarse que recibió más de 130 comunicaciones a través de las diferentes vías de colaboración anónimas (SICA y buzón de colaboración).

Por otra parte, se advierte la actuación especial de la CNMC en instancias de emergencia sanitaria. En ese sentido, en la Memoria del año 2020 se indica que en dicho período, *“como respuesta a la crisis sanitaria y económica derivada del COVID se adoptaron un elevado número de medidas regulatorias en plazos muy ajustados que fueron objeto de informe por parte de la Unidad de Promoción. Además, la unidad llevó a cabo una intensa vigilancia en algunos mercados afectados por la crisis, como los precios de máscaras higiénicas o las condiciones aplicadas por los bancos para prevenir abusos. El informe anual de Ayudas Públicas se centró en la evaluación de las ayudas económicas puestas en marcha para paliar el efecto del COVID.”*

Finalmente, en la última Memoria Anual correspondiente al año 2021, se explicita que en lo que respecta a sectores regulados, diversas iniciativas normativas en dicho período han reforzado las funciones de la CNMC, en especial en materia de telecomunicaciones y audiovisual.

Se expresa que un próximo desafío será ahondar en la protección de los ciudadanos y en particular de los menores ante la proliferación de los contenidos audiovisuales, siendo que en el año 2021 se empezó a trabajar en ello siguiendo de cerca a Bloggers e Influencers.

▪ **INTERCAMBIO ENTRE ORGANISMOS CON COMPETENCIA EN LA MATERIA.**

Resulta imprescindible que los diversos Organismos que tienen entre sus cometidos la temática de libre competencia así como de contratación pública puedan interactuar e intercambiar información, razón por la cual se procuró obtener datos al respecto.

En Uruguay, de la información proporcionada por el TC así como por la CPDC de Uruguay en ocasión de los respectivos pedidos de acceso a la información pública, surge que:

- En el período comprendido entre los años 2007 y 2022, el TC ha abordado la temática objeto de estudio en 31 Expedientes (27 Expedientes Electrónicos y 4 Expedientes en soporte físico).
- En el período comprendido entre los años 2009 y 2021 existieron comunicaciones entre la CPDC y el TC, así como con el Banco Central (BCU), URSEA y URSEC en temas de libre competencia en la contratación pública.

Cabe señalar que, tal como ya se ha adelantado, el TC es quien ha advertido a la CPDC sobre presuntas prácticas anticompetitivas en múltiples ocasiones. En efecto, el TC ha puesto en conocimiento de la CPDC de las situaciones correspondientes, ante lo cual surge el inicio de medidas preparatorias por parte de la misma.

Asimismo, surge que al finalizar las actuaciones, corrientemente la CPDC pone en conocimiento del TC lo resuelto.

No obstante, existen otros Organismos cuya actuación resulta de gran importancia y no efectúa intercambio con la CPDC.

Es el caso de la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), quien no tiene un intercambio sistemático y ordinario con la CPDC.

Consultada la ARCE a efectos del presente trabajo sobre qué intercambios ha tenido con otros Organismos, así como respecto de la información que maneja en el Observatorio, contestó:

“...desde la puesta en funcionamiento de ARCE como institución a la fecha, se han identificado 2 casos en los cuales entendimos que podría dar lugar a la actuación de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

- *Uno de ellos en el marco de un incumplimiento en un procedimiento llevado a cabo por la Unidad Centralizada de Adquisiciones cuando nuestra Agencia tenía la potestad sancionatoria.*
- *El otro caso surgió en virtud de una denuncia de un proveedor manifestando que otra empresa habría ofertado en procedimientos de contratación pública presentando los antecedentes comerciales del denunciante como propios.*

Cabe destacar que ambos casos fueron remitidos a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia en virtud del eventual impacto en las contrataciones públicas de situaciones que sustancialmente refieren a fenómenos ajenos a los procedimientos en virtud del comportamiento de los proveedores en el marco de sus relaciones de competencia.

En el primer caso si bien el organismo nos comunicó sobre el inicio de una medida preparatoria para estudiar el mercado del objeto de contratación, sus productos y servicios así como los agentes económicos involucrados en el informe remitido por ARCE, informalmente luego nos indicó que no habían encontrado evidencias de la existencia de prácticas anticompetitivas.

Cabe destacar que en ese caso la remisión de la consulta incluyó análisis económico de los procedimientos de compra realizados por UCA en un periodo de tiempo de 10 años (2008-2018).

En el segundo caso, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia indicó que devolvía las actuaciones por tratarse de asuntos ajenos a su competencia.

Respecto al posible intercambio con el Tribunal de Cuentas o con la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, fuera de los casos antes mencionados, no tenemos presente que se hayan realizado.

Al día de hoy, los filtros y ventanas de búsqueda disponibles en el Observatorio de ARCE no analizan información sobre presuntas prácticas anticompetitivas en la contratación pública. No obstante, sí la información que se encuentra disponible extrae su fuente directamente del portal de compras pudiendo a partir de la misma realizar

*análisis como los que se efectuaron en su momento para el caso mencionado en el marco del procedimiento de compra centralizada.”*²⁹⁰

Resulta por demás llamativa la situación relacionada con que la CPDC dudara de su propia competencia en materia de contratación pública, lo cual a todas luces resulta cuestionable en tanto se trata del órgano por excelencia en la aplicación de la temática que nos ocupa.

Por último, de las entrevistas realizadas a personal que se desempeña en materia de contratación pública en diversos Organismos del Estado surge que existe un gran desconocimiento de la actuación de la CPDC en materia de libre competencia en las compras públicas, por lo cual no existe el hábito de remitirle comunicaciones o consultas al momento de enfrentarse a una posible práctica anticompetitiva.

Por otra parte, en España no resultó posible obtener datos de parte de la CNMC en relación a diversos extremos, siendo que ante comunicación cursada a efectos de obtener información, se nos remitió al análisis de las Memorias Anuales aduciendo que desde la Dirección de Competencia se argumentó que *“están saturados de trabajo.”*²⁹¹

Sin perjuicio de ello, se analizaron los datos disponibles en su página web, de lo que surge que existen comunicaciones entre la CNMC y otros Organismos.

Constituye un elemento trascendente la circunstancia de que la propia normativa en el Artículo 150.1 inciso 3 de la LCSP prevé que:

*“En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciasen indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el **órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, los***

²⁹⁰ Comunicación cursada vía correo electrónico institucional a la autora de la presente Tesis con fecha 30 de mayo de 2023, en ocasión de haberle sido solicitada la información respectiva.

²⁹¹ Comunicación cursada vía correo electrónico institucional a la autora de la presente Tesis con fecha 23 de abril de 2023, en ocasión de haberle sido solicitada la información respectiva.

trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.”

Esta regulación normativa – que no encuentra un símil en el ordenamiento jurídico uruguayo – brinda parámetros de actuación a la mesa u órgano de contratación, por lo que se advierte como favorable.

Por otra parte, es menester destacar que de las Memorias Anuales de la CNMC surge que han existido intercambios entre ésta y las autoridades autonómicas así como con otros Organismos, aspecto que resulta de importancia.

XIII.- CONCLUSIONES

Una vez realizado un análisis comparativo entre los regímenes de Uruguay y España en materia de libre competencia y contratación pública, debemos efectuar las siguientes reflexiones:

- Existen por un lado diversas fortalezas y oportunidades, es decir, aspectos positivos que procuran el fomento, la promoción y la defensa de la competencia en ambos regímenes jurídicos. Se destaca que en los ordenamientos jurídicos sujetos a análisis se cuenta con una normativa que – sin bien es perfectible como toda creación humana – sienta las bases para que la competencia sea una realidad en la contratación pública.
- Por otra parte, se detectan debilidades y amenazas, como aspectos negativos que afectan e impactan en el sistema, siendo que no basta con contar con normas y principios sino que ellos deben ser conocidos e internalizados por los diversos agentes, resultando necesario que funcionen a cabalidad los mecanismos de prevención, detección y sanción de prácticas prohibidas.

De esta manera, luego de analizar el marco teórico y la casuística, así como la realidad imperante en los diversos países, se esgrimen las siguientes conclusiones:

➤ **Siendo la competencia la regla en contratación pública, se constatan contravenciones en su aplicación**

Del análisis efectuado surge que si bien en ambos países analizados la regla es la competencia en la contratación del Estado, en algunos casos se sigue procurando adoptar caminos en forma ilegítima para arribar a la contratación directa. Ello surge tanto del relevamiento de datos efectuado como de la entrevista a servidores públicos que se desempeñan en contratación pública.

Asimismo, la normativa en muchos casos no resulta clara en cuanto a la procedencia de causales de excepción, lo que no contribuye al cumplimiento del principio de seguridad jurídica.

➤ **Necesaria elección del procedimiento de contratación pública adecuado, de acuerdo a las circunstancias concretas de los contratos que se pretenden celebrar**

La elección del procedimiento de contratación pública constituye una instancia crucial en el sistema de compras públicas.

Tal como surge del análisis realizado, la determinación del procedimiento debe operar como un “traje a medida” de ese contrato que se pretende celebrar, debiendo ser conscientes de que la mejor solución para un caso puede no ser lo más adecuado ante otra situación o ante la necesidad de un insumo diferente.

Por ello resulta crucial una elección adecuada y ponderada del procedimiento, en pos de lograr la efectiva competencia en la contratación pública.

➤ **No siempre los principios aplicables son ponderados en forma adecuada**

Como se ha analizado, en varios casos no se aplican los principios en forma ponderada y armónica.

De acuerdo a lo sustentado en el Capítulo correspondiente, debemos tener muy presente que la vulneración de principios genera una especie de “efecto dominó”, por lo cual ante la contravención de un principio se produce una afectación en cascada de los restantes.

Es por ello que es necesario ser cuidadoso en su aplicación, en forma ponderada, razonable y armónica.

➤ **Resulta necesario considerar las características del mercado al diseñar procedimientos de contratación pública**

Es imprescindible tener en cuenta los mercados en los que se desarrollan las conductas en la contratación pública.

En el caso de Uruguay, se trata de un país pequeño, con aproximadamente 3:500.000 de habitantes, siendo que aproximadamente el 60% de la población se concentra en Montevideo, capital del país. Estas características influyen y determinan múltiples aspectos del mercado, por cuanto por ejemplo, los proveedores en general se conocen entre sí y generan ciertos vínculos.

En España por su parte, existen diferencias en las diversas comunidades, siendo que esos patrones diversos son incluso culturales.

Todos esos factores deben tenerse en cuenta al momento de diseñar procedimientos de contratación pública.

➤ **Existen sectores propensos a la configuración de prácticas indebidas en la contratación pública que afectan la competencia**

Del análisis de la casuística en los diversos países del mundo, como se ha analizado en el Capítulo correspondiente, surge que existen sectores de actividad o mercados donde habitualmente se producen conductas contrarias a la competencia.

En ese sentido, se destaca que ante un idéntico mismo producto o servicio, muchas veces son las mismas empresas o grupos de empresas quienes los proveen en diversos países, y llamativamente se generan actuaciones a su respecto sobre posible colusión, lo que se reitera en varias Naciones.

De acuerdo a lo indicado en la presente tesis, los mercados o sectores relacionados con la obra pública y con la provisión de oxígeno líquido abonan la conclusión adoptada, en tanto respecto de los mismos se han detectado prácticas indebidas en gran cantidad de países.

El conocer dicho aspecto se erige como una herramienta para quienes se desempeñan en la contratación pública. En efecto, la experiencia internacional brinda insumos a ser utilizados por las Administraciones Públicas de los diversos países, la que debe ser capitalizada a favor de un desempeño que promueva la competencia.

➤ **Necesario intercambio entre autoridades de competencia de los diversos países**

Como hemos visto, existen prácticas colusorias que se replican en diversos países, sin perjuicio de que en ciertos casos adquieren modalidades diferentes.

Es por ello que resulta imprescindible el intercambio entre las autoridades de competencia de los diversos Estados, de manera de generar insumos que permitan estar preparados ante ciertas conductas.

Cabe señalar que las autoridades de competencia de los diversos países que integran el MERCOSUR, esto es, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de Brasil, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) de Uruguay, han acordado realizar un Anuario de la Competencia del MERCOSUR.

Esta fue una iniciativa de la autoridad de competencia de Paraguay y es una publicación que recopila las últimas actuaciones de las autoridades de competencia de Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay en materia de conductas contrarias a la libre competencia y en lo referido al control de operaciones de concentración económica.

Con fecha 27 de setiembre de 2022 se realizó el lanzamiento del Anuario, el que constituye una trascendente contribución en la materia.²⁹²

Resultan trascendentes este tipo de instancias, por lo que es favorable que las mismas se repliquen.

Por otra parte, es menester destacar que resulta importante que las autoridades de competencia cuenten con los fondos necesarios para participar en actividades de intercambio, así como de capacitación. Tal como se expuso en el relevamiento de datos, en el caso de Uruguay la CPDC no pudo participar presencialmente en varios eventos de importancia por falta de presupuesto, lo que atenta contra el cumplimiento de los cometidos a cabalidad.

➤ **Importancia de los mecanismos de contratación electrónica**

La contratación pública electrónica conlleva a múltiples ventajas a favor de la competencia, pero ellas únicamente son posibles si su implementación va

²⁹² Se puede acceder al primer número del Anuario de la Competencia del MERCOSUR en: <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/comunicacion/noticias/lanzamiento-del-anuario-competencia-del-mercosur>

acompañada de un cambio cultural que permita comprender su verdadero objetivo, alcance e implicancias.

De esta forma, algunas de las ventajas que es necesario destacar, son las siguientes:

- **La Contratación Pública Electrónica brinda herramientas para prevenir, detectar y sancionar los casos de conflictos de intereses.**

Los mecanismos de contratación electrónica constituyen herramientas que permiten prevenir, o en su caso, detectar y sancionar la corrupción, en tanto brindan mayor transparencia en la gestión y permiten la trazabilidad de los gastos públicos.

Cabe señalar que la existencia de Registros Electrónicos de Proveedores como los que se han analizado, genera información para la Administración Pública Estatal que le permite detectar y sancionar prácticas indebidas, en especial en materia de conflicto de intereses.

En ese sentido, debemos tener presente que la información sobre titulares, así como respecto de sus directores y representantes de los proveedores, permite que el Estado cuente con información mediante la que se puede detectar la existencia de vínculos entre quien pretende contratar y el Organismo contratante.

- **Las tecnologías disruptivas constituyen una herramienta para combatir la corrupción.**

El fomento de la publicidad electrónica, con acceso directo y en tiempo real por parte de los integrantes de la sociedad, permite conocer la gestión de los fondos públicos.

Ello fomenta el conocimiento y por ende el control social, previene prácticas indebidas en materia de competencia, como ser las maniobras artificiales por las cuales se crean los pactos colusorios, y en definitiva, genera un efecto disuasivo y persuasivo de las conductas no deseadas.

Asimismo, al aplicarse estas herramientas a los procedimientos de control, permite que todo el ciclo del gasto público se realice en el ámbito de la necesaria transparencia.

- **La Contratación Pública Electrónica fomenta la buena administración.**

La buena administración constituye una regla en el obrar estatal. Los mecanismos electrónicos permiten relevar y sistematizar datos, los cuales con frecuencia son analizados y compartidos con la sociedad a través de Observatorios de Compras Públicas.

En Uruguay, la ARCE es quien tiene a su cargo el Observatorio de Compras Públicas, por el que se brinda a la población los resultados de lo ocurrido en el mercado público. Ello permite contar con datos fehacientes no sólo por parte de los ciudadanos sino también a la propia Administración Pública, permitiéndole proyectar y diseñar su estrategia de compra pública considerando el comportamiento del mercado.

Del relevamiento efectuado en el caso, no surge que España cuente con datos en tiempo real de la forma en que sucede en Uruguay, por lo que se concluye que debe avanzarse en dicho sentido.

- **La Contratación Pública Electrónica fortalece la integridad de los servidores públicos.**

La utilización de las nuevas tecnologías requiere que los servidores públicos que desarrollan tareas en materia de contratación pública interactúen entre sí para lograr un enfoque interdisciplinario.

En efecto, la Contratación Pública Electrónica únicamente es posible si interactúan los diversos profesionales tanto del Derecho, como de la Economía e incluso de la Sociología, Informática y otras disciplinas para lograr la necesaria sinergia que permita abordar el impacto de la disrupción tecnológica y los desafíos que ella plantea.

Las nuevas tecnologías permiten transparentar mucho más lo que sucede dentro de la Administración Pública Estatal en especial con el manejo de los fondos públicos, por lo que el obrar de los servidores públicos en esta materia queda expuesto ante los ojos de la población, verdadera destinataria del obrar administrativo.

Ello contribuye a la integridad de los servidores públicos, quienes deben actuar de acuerdo a pautas de probidad, honestidad, rectitud e imparcialidad, debiendo demostrar la tutela del interés público por sobre todas las cosas.

En consecuencia, nos encontramos ante herramientas tecnológicas que llegaron para mejorar el sistema. Pero ello sólo será posible si contamos con servidores públicos abiertos a aplicar las mismas con actitud, con estricto apego a los máximos estándares éticos, con apertura a los cambios, con interés en capacitarse e interactuar con expertos de otras disciplinas, y en definitiva, con ganas de poner fin a la primera regla de oro de la Administración Pública, basada en el “siempre se hizo así”.

En definitiva, la disrupción tecnológica únicamente puede ayudarnos a conformar una Administración Pública moderna, adecuada a los requerimientos del siglo XXI, si los servidores públicos se erigen como verdaderos profesionales con un objetivo común: la salvaguarda del bienestar social.

➤ **Necesidad de tener la vara ética alta y de prevenir, detectar y sancionar la corrupción**

La corrupción constituye un lamentable flagelo, cuyo combate debe efectuarse a través del fomento del comportamiento ético. De esta manera, la ética se erige como un antídoto contra la corrupción, pero es mucho más que eso.

Cuando se pierden de vista los conceptos mismos de servicio público e interés general, la configuración de prácticas no debidas, es un hecho.

Como se ha indicado, existen normas que recogen principios, que pretenden ser rectores en materia de conducta en la función pública, y tienen como finalidad

el cumplimiento de mandatos éticos a efectos de prevenir, sancionar y en definitiva, erradicar, la corrupción.

Es entonces que nos preguntamos por qué diariamente tenemos conocimiento de conductas no deseables adoptadas por servidores que no hacen más que desprestigiar a la Administración Pública toda, lo que se hace más visible cuando dichas prácticas son conocidas por compañeros y jefes, y son toleradas.

Cabe preguntarse entonces: ¿acaso debemos concluir que las disposiciones existentes no son suficientes? Sin dudas, el problema va mucho más allá de la normativa.

Es menester tener presente que el Derecho no puede cubrir todos los aspectos que la ética impone, siendo que ambos órdenes se encuentran relacionados y se vinculan con la cultura imperante en la sociedad de que se trate y en el momento en que ocurra.

Resulta trascendente recordar la vinculación entre las prácticas corruptas con ciertas concepciones culturales, en un momento determinado.

Tal como indica el autor Michael Reisman para entender la justificación de los procesos sociales, debe considerarse que cada sociedad cuenta con un sistema mítico constituido por las normas y principios imperantes en el ordenamiento jurídico y que por lo tanto nos indican qué conductas están permitidas y cuáles prohibidas, mientras que por otro lado posee un código práctico que será el que indique quiénes van a ser castigados y quiénes no, determinando lo que la sociedad tolera.

Ello se basa en la existencia de patrones de conducta. Así, *“es la existencia del Código práctico lo que determina la existencia de corrupción”* ²⁹³

Ese código práctico únicamente podría paliarse a través de la internalización de elevados parámetros éticos.

²⁹³ LEDESMA, Gaby. “Pautas para detectar la corrupción en el sector público”, publicado en “Control de prácticas abusivas en el nuevo milenio”, Ed. Konrad Adenauer, Pág. 65.

Para ello resulta imprescindible capacitar y generar conciencia en la sociedad por lo que al respecto comparto y hago mías las palabras de la Dra. **Gaby LEDESMA** en tanto afirma:

“Educar, y aquí viene un tema difícil. Educar para que entendamos que el Estado somos todos, nosotros y cada uno. La crisis de este concepto es bien palpable. Si no, piensen; imaginen a alguien que ha cometido un acto de corrupción que Uds. conozcan. Ahora imagínense a esa persona metiéndoles la mano en el bolsillo: no se lo imaginarían, porque eso es robar, y esa persona no roba. Pero sí le roba al Estado, porque el Estado no es nadie, no tiene personalidad, entonces eso, para esa persona, no es robar”²⁹⁴

Es por lo visto que la instrucción y capacitación que lleve a esa educación ciudadana, debe efectuarse desde las primeras etapas de formación de las personas, lo que ayudará a contribuir a la formación de la conciencia popular.

Resulta trascendente entonces, implementar herramientas preventivas y de fomento como las indicadas, dentro de las que se encuentra la capacitación, pero también es fundamental emplear instrumentos de detección de desvíos, de reprimenda y de desarrollo.

Por otra parte, es importante reforzar los mecanismos de control, de los que muchas veces la Administración Pública pretende escapar. Sería necesario reforzar las Instituciones con competencia en la materia a efectos de lograr instancias de prevención y detección confeccionadas en base a experiencias comunes.

El prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción es una tarea de todos. Ha llegado el momento de tomar conciencia de que existen sectores propensos a la corrupción ante los cuales se genera la necesidad de asumir un rol protagónico.

En efecto, nuestro accionar diario como integrantes de la sociedad debe procurar el efectivo cumplimiento de los principios que rigen el obrar público y en especial en el manejo de fondos públicos, con el mayor alcance posible que

²⁹⁴ **LEDESMA, Gaby.** “Pautas para detectar la corrupción en el sector público”, publicado en “Control de prácticas abusivas en el nuevo milenio”, Ed. Konrad Adenauer, Pág. 70.

podamos darle a la temática de referencia, desde el puesto que cada uno ocupa en el colectivo social, ya sea dentro o fuera de la maquinaria administrativa.

➤ **Necesidad de instrumentar mecanismos que fomenten la denuncia de prácticas indebidas**

Resulta imprescindible que se fomenten los instrumentos de denuncia para prevenir, evitar y sancionar las prácticas indebidas. Adquiere así gran trascendencia la figura del delator, que en materia de libre competencia y contratación pública se erige como un sujeto esencial, tal como hemos analizado oportunamente.

Se debe tener presente que en gran cantidad de casos en que se han detectado prácticas anticompetitivas, la delación ha resultado el elemento inicial para comenzar la investigación respectiva, permitiendo conocer qué sucedió, corregirlo y actuar en consecuencia.

➤ **Importancia de dar cumplimiento estricto al principio de motivación en la contratación pública para garantizar la libre competencia**

La expresión de los fundamentos que dan lugar a adoptar una decisión, es un elemento que legitima la actuación de los servidores públicos. Es por ello que se debe prestar especial atención a fundamentar las decisiones, cumpliendo con la debida motivación, en materia de contratación pública.

Cabe señalar que las referencias genéricas por ejemplo a la existencia de razones de servicio no alcanzan para cumplir el principio de motivación, sino que por lo contrario, deben esgrimirse las razones de hecho y de derecho en cada caso que llevaron a adoptar una decisión.

➤ **Importancia del control**

Resulta necesario reforzar los mecanismos de control, tanto internos (dentro de la Administración actuante), como externo.

Sería necesario reforzar las Instituciones con competencia en la materia a efectos de lograr instancias de prevención y detección, lo que requiere dotarlas de los recursos necesarios para poder afrontar los cometidos.

Pero ello no resulta suficiente. Es necesario que los Organismos de control y los funcionarios que las integran sean conscientes del gran valor de su trabajo que los erige en aplicadores del Derecho Administrativo como garante de la Ética Pública, así como es imprescindible que la población acompañe dicho obrar.

El cumplir con el derecho humano a la ética pública es una tarea de todos y los órganos de control deben ser los garantes de la misma, en procura de lograr una mejor calidad de vida de las personas.

En especial, debe ser fuerte el control en situaciones de excepción, tal como ocurrió en la pandemia derivada de la propagación del virus COVID-19. En esas situaciones los fondos públicos deben ser aun más celosamente cuidados, teniendo presente que existen productos o servicios que ante la excepcionalidad de lo que ocurre se vuelven especialmente necesarios para las personas.

En ese contexto, un obrar anticompetitivo de los proveedores puede afectar fuertemente la contratación pública y por ende, generar impacto en el dinero público con el que se cuenta para satisfacer necesidades básicas.

Es por ello que resulta importante el control, así como el intercambio entre los órganos de control y las autoridades de competencia, pues todos ellos tienen un diverso ámbito de actuación que puede resultar complementario.

Como indica el Profesor **Felipe ROTONDO** al finalizar una ponencia sobre el control y su relevancia institucional, cabe recordar lo indicado por James Madison, en tanto:

“Si los hombres fuesen ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernasen a los hombres, ningún control interno o externo sobre el gobierno sería

necesario. Al constituir un gobierno que es administrado por hombres, la gran dificultad es la siguiente: se debe capacitar al gobierno para que controle a los gobernados pero se le debe también obligar a controlarse a sí mismo.” ²⁹⁵

Por lo expuesto, entiendo que resulta imprescindible el control para garantizar los postulados del Estado de Derecho.

XIV. RECOMENDACIONES

Una vez abordadas las conclusiones, se elaboran las siguientes recomendaciones para lograr una contratación pública que cumpla con el principio de libre competencia:

- **Necesaria revisión periódica de la normativa**

La contratación pública constituye un sector de actividad del Estado que se transforma permanentemente. De esta forma, una primera recomendación es la de efectuar la revisión periódica de la normativa, para que la misma sea aggiornada y acompañe los cambios en la materia.

En efecto, la normativa debe contemplar la realidad social, a la vez que puede ser innovadora y generar cambios sociales, produciendo nuevos comportamientos.

Es por ello que se sugiere una revisión periódica de las normas imperantes en la materia, para que sean actualizadas y procuren en todo caso la competencia en el mercado.

²⁹⁵ **ROTONDO TORNARÍA, FELIPE** citando a Madison, James. El Federalista 1788, No 51, en “Noción de control. Su relevancia institucional”, publicado en “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado”, AAVV, Felipe Rotondo (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Noviembre de 2017, Pág. 20.

- **Necesario diseño de políticas públicas acordes**

Para contar con una contratación pública competitiva, el Estado debe diseñar políticas públicas que fomenten un obrar acorde a la legalidad.

Como señalan **Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN**, es importante tener presente en la conformación de políticas públicas la existencia de “Nudges.”²⁹⁶

De esta forma, al dictar normas así como al diseñar las políticas en materia de contratación pública, se deben establecer previsiones que incentiven o estimulen un obrar competitivo.

Esto también debe verificarse al momento en que la Administración Pública determina y diseña sus procedimientos para cada contratación.

En efecto, se deben generar estímulos que repercutan en que al adoptar las decisiones, los diversos agentes verifiquen una conducta competitiva.

Por ejemplo, si la normativa prevé sanciones por contravenciones a la libre competencia y las mismas son de una entidad menor al producto que un proveedor puede obtener llevando adelante la conducta indebida, el desestímulo para el buen obrar es grande.

De esta manera, si puedo ser sancionado con un máximo de 1 millón de Euros por participar en un pacto colusorio pero el rédito económico que me brinda esa práctica es mayor, el incentivo se produce en sentido contrario a la normativa por cuanto el beneficio es grande coludiendo.

Esto debe ser tenido en cuenta en el obrar del Estado cuando regula, cuando contrata y cuando fiscaliza.

²⁹⁶ **THALER, Richard H y SUNSTEIN, Cass R.** “Un pequeño empujón”, Editorial Taurus, Reimpresión Noviembre de 2020, España. Como se indica en la obra de los autores, se utiliza la palabra inglesa “NUDGE” que significa “empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas, sobretodo con el codo”, con el sentido de “estimular, incentivar o encaminar en la toma de decisiones.”

En consecuencia, desde el sector público se deben aplicar los “Nudges” en todos los sectores del obrar, para lograr que las personas al tomar sus decisiones, elijan la opción correcta.

- **Imprescindible medición de lo ocurre en la contratación pública y del impacto de las conductas anticompetitivas**

Resulta necesario integrar bases de datos e intercambiar información de lo ocurrido en las contrataciones públicas, de manera de saber cuántos oferentes se han presentado a los diversos procedimientos, diferenciándolos por mercado, y cuáles han sido sus cotizaciones.

Ello permitirá contar con datos sobre la conducta de los proveedores, lo cual brinda insumos para nuevos diseños de contratación sobre la base de información adecuada.

Por otra parte, para poder determinar el impacto de las conductas anticompetitivas en la vida de las personas y en la sociedad toda, es necesario implementar mecanismos que permitan cuantificar los daños que genera la configuración de conductas contrarias a la legalidad.

Resulta imprescindible medir el alcance de las prácticas, tanto individuales como colectivas, en el erario público y en especial en los fondos públicos, teniendo presente que cada suma de dinero que se desvía, deja de ser utilizada para la satisfacción de necesidades colectivas, que es su fin debido.

El contar con datos reales permitirá además efectuar un diseño normativo y de políticas públicas acorde, conforme a la primera recomendación efectuada.

- **Necesidad de evitar la conformación de escenarios colusorios (o propensos a la colusión)**

Las Administraciones Públicas deben tener presente que el diseño mismo de un procedimiento puede conformar un escenario propenso a la colusión, lo cual se debe evitar.

Es por ello que es necesario conocer el mercado e informarse antes de diseñar. Se destaca en este sentido la posibilidad de aplicar las llamadas “Consultas Preliminares del Mercado” (CPM) previstas en la normativa española, o bien las llamadas “Request For Information” (RFI) que han sido implementadas en el sistema de compras uruguayo. En estos casos, se procura contar con información del mercado con el propósito de diseñar lo que será una contratación ajustada a la necesidad pública a satisfacer.

- **Necesario fomento del control y revisión de la ubicación institucional de las autoridades de competencia**

Resulta fundamental incrementar los controles y el cruzamiento de datos entre quienes lo ejercen.

Por otra parte, especial atención merece la ubicación institucional de las autoridades de competencia, donde debe procurarse que las mismas cuenten con la autonomía necesaria para la toma de decisiones. En particular, debe evitarse su pertenencia al Poder Ejecutivo, y es menester procurar que quienes la integren sean personas idóneas en la materia.

Asimismo, debe dotársela de los recursos presupuestales necesarios para el cumplimiento de las tareas asignadas.

- **Tomar consciencia de la incidencia de parámetros culturales. Necesidad de capacitación constante en la materia.**

Los parámetros culturales inciden en el mercado y en el comportamiento de los agentes. Es por ello que las políticas públicas pueden estar dirigidas a influir en dichos parámetros culturales.

Si existe una cultura que favorece la colusión, las políticas podrían enfocarse en fomentar conductas diversas. Tal como señalan **THALER y SUNSTEIN**,

*“los arquitectos de las decisiones deben saber cómo fomentar otras conductas beneficiosas socialmente...”*²⁹⁷

Para ello resulta fundamental una capacitación constante tanto para agentes públicos como privados, así como la difusión de las actividades de los órganos de competencia y de control.

- **El Estado en el desempeño de los diversos roles, debe ser ejemplo de competencia.**

El Estado desempeña diversos roles: legisla, regula, controla, fiscaliza y sanciona. Pero además es un agente importante del mercado al realizar actividad económica, tanto cuando ofrece bienes y servicios mediante empresas públicas, como cuando demanda prestaciones, a través de la contratación pública.

Es por ello que en un Estado de Derecho a quien primero debe exigírsele cumplir a cabalidad con el “deber ser” es al propio Estado y a los servidores públicos que prestan tareas.

De esta manera, las Administraciones Públicas al desempeñarse en la contratación pública deben ser ejemplo de competencia, generando conductas en

²⁹⁷ **THALER, Richard H y SUNSTEIN, Cass R.** “Un pequeño empujón”, Editorial Taurus, Reimpresión Noviembre de 2020, España, Pág. 72.

la población y en especial, en los restantes agentes del mercado, que estén a la altura de dicho precepto.

No existe mayor garantía para la sociedad que un Estado de Derecho que cumpla con vocación de servicio, con los mandatos que él mismo crea dando el ejemplo, porque como señalaba **Albert EINSTEIN**:

“Dar el ejemplo, no es la mejor manera de influir en los demás, es la única manera”

XV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- **AAVV. THOMASSET, Martín (Coordinador).** *“Derecho de la Competencia”*, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay. Junio de 2020.
- **AAVV. PEREIRA CAMPOS, Santiago y RUEDA KRAMER, Daniel (Directores).** *“Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo”*, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Octubre de 2008.
- **ALEXY, Robert,** *“El concepto y la validez del derecho”*, Ed. Gedisa, 2ª Edición, Febrero 2004.
- **ARIÑO ORTIIZ, Gaspar.** *“Economía y Estado”*, 2ª Edición, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires – Argentina, Agosto de 1993.
- **BERDAGUER, Jaime.** *“Control de la concentración empresarial”*, publicado en *“Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo”*, Ed. FCU, 1ª Edición, Octubre de 2008.
- **BORCHE, Alejandro.** *“Uso de las nuevas tecnologías en materia de contratación”*, en el libro *“Renovación de la Contratación Pública”*, AAVV, DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Agosto de 2013.
- **BORK, Robert H.** *“The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself”*, Editorial The Free Press, Estados Unidos, año 1993.
- **BRITO, Mariano y DELPIAZZO, Carlos.** *“Derecho Administrativo de la Regulación Económica”*, Ed. UM, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Diciembre de 1998.
- **CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo,** *“Sobre Derecho Administrativo” Tomo I*, FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Setiembre 2007.
- **CAJARVILLE, Juan Pablo.** *“Sobre Derecho Administrativo”*, Tomo I, Ed. FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012.
- **CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo.** *“Sobre Derecho Administrativo” Tomo II*, FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Mayo 2007.

- **CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo.** “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2012.
- **CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo.** “Sobre las personas públicas no estatales”, publicado en “Sobre Derecho Administrativo” Tomo I, FCU, 2ª Edición, Agosto de 2008.
- **CAMPOS ACUÑA, Concepción.** “El futuro del Compliance en el sector público español”. Consultado en: <https://concepcioncampos.org/el-futuro-del-compliance-en-el-sector-publico-espanol/>
- **CASES PALLARES, Luis.** “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, Año 1995, Ed. Marcial Pons, Madrid – España.
- **COLOMA, Germán.** “Defensa de la Competencia”, 2ª Edición, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 2009.
- **COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula.** “Delitos en las contrataciones públicas”, Ed. AD HOC, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Setiembre de 2012.
- **COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA.** Guía sobre Contratación Pública y Competencia. España. Año 2011.
- **DELGADO PIQUERAS, Francisco.** “Procedimiento restringido y concurso de proyectos”, publicado en “*Tratado de Contratos del Sector Público*”, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018.
- **DELPIAZZO, Carlos E.** “Derecho Administrativo Uruguayo”, Ed. Porrúa, 1ª Edición, México, Año 2005.
- **DELPIAZZO, Carlos.** “Derecho Administrativo Especial”, Vol. 1, Ed. AMF, 2ª edición, Montevideo – Uruguay, Marzo de 2009.
- **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, Editorial FCU, Montevideo - Uruguay, 1ª Edición en FCU, Junio de 2019.
- **DELPIAZZO, Carlos E.** “Contratación Administrativa”, Ed. UM, Montevideo, Año 1999.

- **DELPIAZZO, Carlos E.** “Transparencia en la contratación administrativa”, en “Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni”, FCU, 1ª Ed., Montevideo – Uruguay, Abril 2005.
- **DELPIAZZO, Carlos E.** “*Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones del derecho administrativo*”, en Revista De Derecho UM, Vol. 20, Núm. 39, Montevideo – Uruguay, Año 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.6>.
- **DELPIAZZO, Carlos E.** “Probidad administrativa”, publicación en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez”, AAVV, RUOCCO, Graciela y VÁZQUEZ, Cristina (Coordinadoras), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Enero de 2023.
- **DIEZ SASTRE, Silvia.** “El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.
- **DROMI, Roberto.** “Licitación Pública”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, Año 1999.
- **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Monopolios estatales y derecho de la competencia”, publicado en “El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia” Autores Varios, Ed. UM, Montevideo - Uruguay, Año 2001.
- **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la Licitación Pública”, publicado en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIV, FCU.
- **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Contratación Directa por razones de urgencia”, publicado en “Casos de Derecho Administrativo” Vol. IV. Montevideo – Uruguay, Año 2005.
- **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Improbidad del funcionario público”. Jornadas de DGI, disponible en:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nQGAN91gNVIJ:https://www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload%3F2,4,1285,O,S,0,27940%253BS%253B1%253B108,+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=uy&client=safari>.

- **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo,” Ed. La Ley Uruguay, Buenos Aires – Argentina, Año 2012.
- **DURÁN MARTÍNEZ, Augusto.** “Corrupción y Derechos Humanos. Aspectos de derecho administrativo”, publicado en “Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga”, Ed. AMF, Montevideo – Uruguay.
- **EGUREN, Manrique.** “El Tribunal de Cuentas”, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo-Uruguay, Año 2009.
- **EGUREN, Manrique.** “Excepciones legales al régimen de Licitación Pública”, publicado en “La contratación administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas”, FCU, Montevideo, Año 1976.
- **GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL.** “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.
- **GIMENO FELIÚ, José María.** “Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.
- **GORDILLO, Agustín.** “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I (Parte General), Buenos Aires - Argentina, 4a Edición, Año 1997.
- **GORDILLO, Agustín.** “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II, Cap. XII, obtenido en www.gordillo.com
- **GORDILLO, Agustín.** “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II, Cap. XII, obtenido en www.gordillo.com.
- **GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto.** “Las prohibiciones de contratar”, publicado en “Tratado de contratos del sector público”, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.

- **HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco.** “Procedimiento abierto y procedimiento abierto simplificado”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018.
- **HERNANDO RYDINGS, María.** “Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo”, publicado en *“Tratado de Contratos del Sector Público”*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018.
- **IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y MEDINA ARNÁIZ, Teresa.** “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Décimo Año, Tomo II, Ed. Konrad Adenauer, Año 2004.
- **IVANEGA, Miriam M.** “Reflexiones acerca del agente público en el Estado Constitucional de Derecho”, publicación en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez”, AAVV, RUOCCO, Graciela y VÁZQUEZ, Cristina (Coordinadoras), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Enero de 2023.
- **JINESTA LOBO, Ernesto.** “Contratación administrativa”, Tomo IV del Tratado de Derecho Administrativo, 1ª Edición, Ed. Guayacán, Costa Rica.
- **LABAURE ALISERIS, Carlos.** “La desmonopolización en la reforma del Estado”, publicado en “Estudios sobre la reforma del Estado”, AAVV, Ed. AMF, Año 2002.
- **LAGUNA DE PAZ, José Carlos.** “Ámbito de aplicación del derecho, de la competencia.”, en *Revista de Administración Pública*, 208, 17-49. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.01>, Año 2019.
- **LEDESMA, Gaby.** “Pautas para detectar la corrupción en el sector público”, publicado en “Control de prácticas abusivas en el nuevo milenio”, Ed. Konrad Adenauer.
- **LORENZETTI Ricardo L.** “El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores”, en *Revista “La Ley” “A”*, Año 1998, Pág. 1042.
- **LORENZO, Susana.** “Potestad Disciplinaria”, publicado en “El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad”, AAVV, ROTONDO, Felipe

(Coordinador), Editorial FCU, Montevideo - Uruguay, 1ª Edición, Setiembre de 2014.

- **MAGIDE HERRERO, Mariano y SABIOTE ORTIZ, Ana María.** *“Uniones de Empresarios”*, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.

- **MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén.** *“Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”*, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.

- **MELLADO RUIZ, Lorenzo.** “El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos”, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.

- **MELLADO RUIZ, Lorenzo.** “El principio de transparencia integral en la contratación del sector público”, publicado en “Monografías Alta Calidad en Investigación Jurídica”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia – España, Año 2017.

- **MORENO MOLINA, José Antonio.** “Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas”, Editorial Bomarzo, Albacete – España, Año 2006.

- **MUÑOZ DE HAM, María Esther.** “Normas de Ordenamiento Financiero”, Ed. FCU, 1ª reimpresión, Montevideo – Uruguay, Julio de 1990.

- **PAREJO ALFONSO, Luciano,** “El Estado Social y Administración Pública. Algunas reflexiones a propósito de la llamada crisis del primero”, en Revista de Derecho Público N° 17, Montevideo – Uruguay, Año 2000.

- **PINTO NERÓN, Ximena.** “Licitación Pública. Problemas en la etapa preparatoria”, publicado en “Renovación de la Contratación Pública”, publicación del Instituto de Derecho Administrativo de la UDELAR, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Agosto de 2013.

- **PINTO NERÓN, Ximena.** “Ética y contratación pública”, publicado en Cuadernos Críticos del Derecho N° 2-2015, Revista Liberlex, Ed. Aletheia, España, Año 2015. Versión online en: http://www.liberlex.com/archivos/XPN_ECP.pdf
- **PINTO NERÓN, Ximena.** “Integridad de los servidores públicos: imparcialidad y probidad en el obrar”, publicación en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez”, AAVV, RUOCCO, Graciela y VÁZQUEZ, Cristina (Coordinadoras), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Enero de 2023.
- **PINTO NERÓN, Ximena.** “Contratación Pública en Uruguay”, publicado en Cuadernos Críticos de Derecho, España. Edición dedicada al Derecho de la Contratación Pública a nivel internacional. Revista Liberlex, Ed. Aletheia, España, Año 2015. Versión online: http://www.liberlex.com/archivos/SCP_UR.pdf
- **PINTO NERÓN, Ximena.** “Concurrencia e igualdad de trato en la contratación pública a la luz del régimen de promoción y defensa de la competencia”, publicación del Instituto de Derecho Administrativo denominada “Fuentes del Derecho Administrativo. Mirada actual desde la teoría y la práctica”, Ed. FCU, 1ª Ed., Montevideo – Uruguay, Octubre de 2018.
- **PINTO NERÓN, Ximena.** “Nulidad de los actos administrativos en los procedimientos de contratación del Estado”, publicado en “Actualidad y perspectivas en el Derecho Público”, AAVV, PATRITTI, Marcelo y PÉREZ NOVARO, César (Coord.), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2021.
- **PINTO NERÓN, XIMENA.** “Régimen de Convenios Marco en Uruguay”, publicado en “Estudios sobre la administración uruguaya” Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UdelaR. Felipe Rotondo (Coordinador), Editorial FCU, 1ª Edición, Montevideo, Noviembre de 2016.
- **PINTO NERÓN, Ximena.** “Control en materia de ética pública”, publicado en *Derecho Administrativo Sancionatorio*, publicación del Instituto de Derecho Administrativo, Ed. FCU, Montevideo – Uruguay, Año 2019.

- **PINTOS SANTIAGO, Jaime.** *“Una perspectiva constructiva a los principios generales del Derecho Global de la Contratación Pública...”*, obtenido en <https://www.derechoydebate.com>, con fecha 28/4/18.
- **PUNZÓN MORALED A, Jesús.** *“Cesión y subcontratación”*, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, Año 2018.
- **RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María.** *“Los principios generales de la contratación pública”*, publicado en “Tratado de contratos del sector público, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia – España, Año 2018.
- **RODRÍGUEZ ARANA, JAIME.** “Sobre ética pública en la Administración Pública”, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo IX, Montevideo – Uruguay, Año 2002.
- **RODRÍGUEZ ARANA, Jaime.** “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”, en Revista de Derecho N° 13, Agosto 2016, Pág. 193, obtenido en: <https://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1218>, con fecha 20/5/19.
- **ROTONDO TORNARÍA, Felipe.** “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. FCU, 11ª Edición, Montevideo - Uruguay, Julio de 2021.
- **ROTONDO TORNARÍA, Felipe.** “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Del Foro, Montevideo, Año 2000.
- **ROTONDO TORNARÍA, Felipe.** “Noción de control. Su relevancia institucional”, en “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado”, AAVV, Felipe Rotondo (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2017.
- **RUIZ-DÍAZ, Paula y PINTO NERÓN, Ximena.** “El concepto de observador razonable”, en “Aplicación del CMIEJ en Uruguay”, Cuadernos Serie Ética Judicial N° 18, Pinto Nerón, Ximena y Emmenenger, María Elena (Coord.), 1ª Edición, (México), publicación de la Suprema Corte de Justicia de México, Agosto de 2009.
- **SAYAGUÉS LASO, Enrique.** “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Ed. FCU, 9ª Edición, Montevideo – Uruguay, Setiembre de 2010.

- **SAYAGUÉS LASO, Enrique.** “La Licitación Pública”, Ed. Bdef, Montevideo – Uruguay, Año 2005.
- **SENA, Sonia.** “La Ley No. 18.834 y su incidencia en la Ley de Acceso a la Información Pública”, en el libro “Renovación de la Contratación Pública”, AAVV, DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Agosto de 2013.
- **SORIANO GARCÍA, José Eugenio.** “Derecho Público de la Competencia”, Año 1998, Ed. Marcial Pons, Madrid – España.
- **THALER, Richard H y SUNSTEIN, Cass R.** “Un pequeño empujón”, Editorial Taurus, Reimpresión, Noviembre de 2020, España.
- **THOMASSET, Martín.** “Órganos de aplicación de la ley de defensa de la competencia”, publicado en “Derecho de la Competencia”, Autores Varios, THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Junio de 2020, Montevideo – Uruguay.
- **VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia.** “La Compra Pública de Innovación (CPI)”, publicado en “*Tratado de Contratos del Sector Público*”, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia - España, Año 2018.
- **VÁZQUEZ, Cristina.** “Régimen Jurídico de la Defensa de la Competencia en Uruguay”, publicado en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito”, Ed. FCU, Año 2008.
- **VÁZQUEZ, Cristina.** “Control estatal en materia de defensa de la competencia”, publicado en “Control Estatal sobre Entidades Públicas y las instrumentales de Derecho Privado”, AAVV, ROTONDO, Felipe (Coordinador), Ed. FCU, 1ª edición, Montevideo – Uruguay, Noviembre de 2017.
- **XAVIER DE MELLO, Eugenio.** “De los grupos de interés económico y de los consorcios”, publicado en “Análisis Exegético de la Ley 16.060”, AAVV, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay, Junio de 1993.
- **ZAK GODOY, Pablo y PINTO NERÓN, Ximena.** “Defensa de la competencia y contratación pública”, Capítulo IX del libro “*Derecho de la Competencia*”, AAVV,

THOMASSET, Martín (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo – Uruguay.
Junio de 2020.

- **ZAK GODOY, Pablo y PINTO NERÓN, Ximena.** “Sociedades privadas estatales y su control por el Tribunal de Cuentas”, publicado en el Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XVI, FCU, Año 2010.

XVI.- ANEXOS

XVI.1.- NORMATIVA SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

XI.1.1 URUGUAY:

DOCUMENTO	LINK DE ACCESO
Ley No. 18.159 de Defensa de la Competencia	https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18159-2007
Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera TOCAF (actualizado al 2023)	https://www.gub.uy/agencia-reguladora-compras-estatales/comunicacion/noticias/actualizacion-del-tocaf

XI.1.2 ESPAÑA:

DOCUMENTO	LINK DE ACCESO
Ley No. 15/2007 de Defensa de la Competencia	https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946
Ley No. 9/2017 de Contratos en el Sector Público (LCSP)	https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902

XVI.2.- PROYECTO DE INVESTIGACIÓN FORMULADO

I. OBJETIVOS

Para la presente investigación, se trazaron los siguientes objetivos:

- **OBJETIVO GENERAL:** Identificar las principales fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas del sistema de libre competencia en su aplicación en la contratación pública, determinando el impacto del régimen en el obrar del Estado, en Uruguay y España.
- **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**
 - Describir el estado de situación del régimen de libre competencia en la contratación pública.
 - Determinar si la naturaleza jurídica y la ubicación institucional de los órganos de aplicación de la normativa sobre promoción y defensa de la competencia resulta garantista.
 - Determinar la compatibilidad de las disposiciones jurídicas de aplicación específica al obrar estatal, en relación a las normas dispuestas con carácter general.
 - Describir la regulación normativa en materia de contratación pública, identificando si tutela la libre competencia.
 - Identificar si se han establecido excepciones a la competencia en la contratación pública, determinando en caso afirmativo si ellas tutelan el interés general.
 - Identificar las principales prácticas anticompetitivas que pueden producirse en la contratación pública, detectando asimismo los mecanismos preventivos, de detección y sancionatorios.

II. ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN

La estrategia de investigación prevista oportunamente implicó efectuar un análisis de carácter empírico con trabajo de campo.

De esta forma, se determinaron los aspectos de necesario abordaje y se realizó un relevamiento de los pronunciamientos de los órganos de aplicación de la normativa de defensa de la competencia así como de la contratación pública, analizando los extremos relevantes de cada expresión de voluntad.

Asimismo, se analizaron las Memorias Anuales de los Organismos con competencia en la materia y se solicitó acceso a la información pública a los Organismos pertinentes a efectos de obtener información veraz.

Por otra parte, se realizaron entrevistas con diversos servidores públicos así como con docentes pertenecientes a la academia, con la finalidad de determinar su percepción respecto del sistema imperante, en especial en lo referido al conocimiento de la normativa vigente.

III. ACTIVIDADES ESPECÍFICAS

Se desarrollaron las siguientes actividades específicas:

- Relevamiento bibliográfico.
- Análisis de la regulación normativa de la libre competencia en Uruguay y en España.
- Análisis de la regulación normativa de contratación pública en Uruguay y en España.
- Elaboración de marco conceptual y teórico.
- Trabajo de campo para la obtención de los pronunciamientos emitidos por los órganos de aplicación de la libre competencia.

- Trabajo de campo para la obtención de los pronunciamientos emitidos por los órganos de control en materia de contratación pública, tanto a nivel administrativo como jurisdiccional.
- Trabajo de campo para la obtención de los pronunciamientos emitidos por otros órganos con competencia en aspectos que fueron objeto de abordaje (ejemplo: en materia de posible conflicto entre confidencialidad respecto de publicidad y transparencia).
- Análisis de las Memorias Anuales de los Organismos con competencia en la materia, diferenciando:
 - Pronunciamientos en los que se trataron aspectos de libre competencia y contratación pública.
 - Casos en que se impusieron sanciones y tipo de sanciones aplicadas.
 - Capacitación impartida por los órganos de aplicación en la materia y otros centros de capacitación.
- Determinación de entrevistas a realizar, identificando a los actores relevantes en la materia.
- Confección de cuestionarios para entrevista a actores relevantes.
- Coordinación y realización de entrevistas.
- Relevamiento de los datos obtenidos.
- Sistematización de los datos obtenidos.
- Elaboración de conclusiones.
- Elaboración de recomendaciones.
- Entrega de tesis.

IV. MÉTODOS, MEDIOS Y FASES DEL PROYECTO

- **MÉTODOS:**

- Trabajo de campo: Análisis de la normativa vigente en las materias objeto de análisis (libre competencia y contratación pública), tanto en el ordenamiento jurídico español como en el uruguayo. Investigación de pronunciamientos, de Memorias Anuales y de expedientes en general, de las autoridades de competencia, así como de los órganos de control de la gestión financiera del Estado y otros Organismos relevantes.
- Realización de entrevistas a actores relevantes.

- **MEDIOS:**

Se previó el empleo de los siguientes medios:

- Bibliotecas de la Universidad Autónoma de Barcelona, del Consejo de Garantías Estatutarias, así como Bibliotecas uruguayas: Biblioteca Nacional, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Biblioteca del Tribunal de Cuentas, Biblioteca del Poder Legislativo.
- Recursos bibliográficos electrónicos a consultar en bases de datos disponibles.
- Páginas web institucionales españolas y uruguayas, así como de otras partes del mundo.

- **FASES DEL PROYECTO:**

A efectos de dar cumplimiento a los objetivos trazados, se efectuó una planificación de las distintas actividades a realizar.

Asimismo, se realizó una identificación de los actores relevantes, determinando el alcance de su participación en la investigación referida.

De esta forma, inicialmente se estableció el desarrollo de diversas etapas, a saber:

Actividad por desarrollar	Tiempo de ejecución en años		
	2017-2018	2018-2019	2019-2020
Obtención, selección y sistematización de información			
Estudio, análisis e interpretación de la información.			
Redacción de la tesis			

No obstante, las etapas debieron ser reformuladas, dado el impacto de la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia por la propagación del virus COVID-19. Es por ello que finalmente, previo pedido de prórroga ante la UAB para la confección de la tesis, se desarrollaron las etapas de acuerdo al siguiente detalle:

- **Primera etapa:** Determinación de aspectos trascendentes a relevar, obtención de pronunciamientos de los órganos competentes y análisis de los mismos. Obtención, selección y sistematización de información.
- **Segunda etapa:** Estudio, análisis e interpretación de la información bibliográfica.

- **Tercera etapa:** Confección y distribución de encuestas y cuestionarios. Entrevistas a actores relevantes en la materia.
- **Cuarta etapa:** Solicitudes de acceso a la información pública en Organismos Públicos relevantes.
- **Quinta etapa:** Relevamiento de todos los datos obtenidos en las instancias precedentes de campo y sistematización de los mismos.
- **Sexta etapa:** Redacción de tesis. Obtención de nuevos datos actualizados, considerando los últimos pronunciamientos para un estudio actualizado. Análisis de datos, elaboración de conclusiones y recomendaciones.

Las etapas referidas pueden graficarse de la siguiente forma:

ETAPAS	AÑO 1 2017- 2018	AÑO 2 2018- 2019	AÑO 3 2019- 2020	AÑO 4 2020- 2021	AÑO 5 2021- 2022 y período en 2023
Primera					
Segunda					
Tercera					
Cuarta					
Quinta					
Sexta					

