

Revista académica semestral

CONTRATACIONES | RD

Año 1 • Número 1 • Enero-Junio 2023

La contratación pública en un Estado social y democrático de derecho



La contratación pública en un Estado social y democrático de derecho

El presente documento es una obra publicada originalmente por la Dirección General de Contrataciones Públicas en marzo de 2023, el cual ha sido realizado con aportaciones internas y externas. Las opiniones, las interpretaciones y las conclusiones aquí expresadas no son necesariamente reflejo y opinión de la Dirección General de Contrataciones Públicas ni de su Directorio Ejecutivo. La Dirección General de Contrataciones Públicas no garantiza la exactitud de los datos, ponderaciones y otras informaciones que figuran en esta publicación.

ISBN (edición electrónica): 2960-7590

Contrataciones | RD

De la Dirección General de Contrataciones Públicas

C/ Pedro A. Lluberes esq. Manuel Rodríguez Objio • Gascue, Santo Domingo, República Dominicana • Año 2023.

Esta revista es una publicación semestral por medio digital.

DGCP.GOB.DO

Consejo editorial:

Ruth Henríquez
Crystal Fiallo
Aldo García
Sylvana Marte
Manuel Fernández
Clara Robles Herrera
Rafael Heredia Santos
Daniel Alburquerque
Marcel Reyes

Consejo científico asesor:

Magdalena Lizardo Espinal
Jaime Francisco Rodríguez-Arana Muñoz
Priscilla Camila Polanco Reyes
Pedro José Ortega Espinal
Olivo Rodríguez Huertas
Miriam Mabel Ivanega
Fabiola Medina Garnes

Articulistas:

Isabel Alba Henríquez
Jaime Pintos Santiago
Rafael Heredia
Yasmin Cerón Castro
Ing. Juan Oscar Luna
Thiago Marrero Peralta

Foto de portada:

ADOBE STOCK katty2016

Fotos:

Adobe Stock

Diseño y Diagramación:

Departamento de Comunicaciones

ÍNDICE

Palabras del director • Pág. 4

La protección y promoción de los derechos fundamentales a través de la contratación pública por: Yasmin Cerón Castro • Pág. 6

La transversalización de la perspectiva de género en el sistema de compras públicas de República Dominicana por: Isabel Alba Henríquez • Pág. 30

Compras públicas sostenibles como paradigma del Estado social y democrático de derecho por: Thiago Marrero Peralta • Pág. 52

La colusión como práctica restrictiva de la competencia en la contratación pública en un Estado social de derecho por: Rafael Heredia • Pág. 70

El novedoso procedimiento de asociación para la innovación por: Jaime Pintos Santiago • Pág. 94

La contratación pública y las enseñanzas de la pandemia y la guerra Rusia - Ucrania por: Ing. Juan Oscar Luna • Pág. 108

Contrataciones en cifras • Pág. 124

PALABRAS DEL DIRECTOR

Bienvenidos a la primera edición de la revista académica Contrataciones RD, un espacio para promover el debate teórico y crítico sobre las contrataciones en la República Dominicana.

Con esta publicación de periodicidad semestral, la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) busca contribuir a la mejora y fortalecimiento del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas desde una perspectiva que promueva la defensa de los derechos humanos y la sostenibilidad ambiental.



En este primer número que tiene como tema central “La contratación pública en un Estado social y democrático de derecho” presentamos una selección de artículos de la autoría de connotados expertos en la materia como son Isabel Alba Henríquez, Jaime Pintos Santiago, Rafael Heredia, Yasmín Cerón Castro, Juan Oscar Luna y Thiago Marrero Peralta, quienes abordan la relación de las contrataciones con temas como la innovación, la transversalización de género, la competencia, los derechos fundamentales y las enseñanzas dejadas a raíz de la emergencia generada por la pandemia de la COVID-19 y posteriormente, la conmoción mundial por el inicio de la guerra Rusia-Ucrania.

Es bien sabido que, en un Estado social y democrático de derecho, la contratación pública constituye una herramienta de desarrollo sostenible que permite satisfacer las necesidades de las personas, sirve de medio para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y los objetivos estratégicos del Gobierno, al tiempo de garantizar los derechos fundamentales.

La Constitución nos recuerda en sus artículos 7 y 8 que el Estado social y democrático de derecho se basa en el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales. Por consiguiente, es la responsabilidad primordial

del Estado proteger efectivamente los derechos de las personas, respetar su dignidad y proporcionar los medios necesarios para que puedan perfeccionarse de manera igualitaria, equitativa y progresiva en un marco de libertad individual y justicia social, que sea compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos.

En ese sentido, la contratación pública permite que el Estado obtenga los bienes y servicios necesarios para cumplir con sus funciones y responsabilidades en áreas como la salud, la educación, la seguridad y el transporte. A través de procesos de contratación pública transparentes y dirigidos a seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración pública, mediante criterios de evaluación que permitan otorgar un mayor valor por dinero, se garantiza que se obtengan los productos y servicios de la mejor calidad y al precio más justo posible.

Además, el cumplimiento de los principios de la contratación pública, tales como la eficiencia, la igualdad y libre competencia, la transparencia y publicidad, la economía y flexibilidad, promueve la competencia y la innovación en el mercado, ya que los proveedores compiten por ganar la adjudicación de los contratos públicos y ofrecer productos y servicios de alta calidad. Esto, a su vez, fomenta la mejora en los procesos y la innovación en los productos y servicios que se ofrecen, lo que puede mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

No menos importante, la contratación pública es un mecanismo para la lucha contra la corrupción, ya que la transparencia y la rendición de cuentas son fundamentales en todo el proceso de contratación pública. La publicación de los procesos, las condiciones y requisitos para participar, así como la información sobre los criterios de evaluación y la adjudicación de los contratos, garantizan que los proveedores seleccionados sean los que ofrecen los mejores productos o servicios al mejor precio, sin favoritismos o corrupción.

Esperamos que estos artículos sean de su interés y contribuyan a la discusión y mejora continua de la contratación pública en nuestros países.

iHasta la próxima!

LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Yasmin Cerón Castro¹



RESUMEN:

En un Estado Social y Democrático de Derecho donde se ha renovado la visión de los derechos fundamentales y se incorporan nuevos principios y valores sustanciales que son el punto de referencia para cada una de las acciones públicas, la contratación pública pasa de ser una herramienta de abastecimiento de bienes, servicios y obras, a desarrollar un papel estratégico que aporta a la función esencial del Estado, que es precisamente la protección efectiva de los derechos de las personas y el respeto a su dignidad. En ese artículo, se describe cómo y por qué debe ser utilizado el poder de la compra y contratación pública como herramienta para proteger y promover derechos humanos y fundamentales, implementando distintas medidas durante el ciclo contractual.



¹ La autora es abogada, egresada Summa Cum Laude de la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Fue servidora pública de carrera administrativa de la Dirección General de Contrataciones Públicas, cerca de 10 años, siendo su última función la de titular de la Dirección de investigaciones y reclamos, la cual desempeñó hasta marzo de 2022.

Abstract:

In a Social and Democratic State of Law where the vision of fundamental rights has been renewed and new principles and substantial values are included and are the point of reference for each of the public actions, public procurement goes from being a tool of supply of goods and services, to develop a strategic role that contributes to the essential function of the State, which is precisely the effective protection of people's rights and respect for their dignity. This article describes how the power of public procurement should be used as a tool to protect and promote human and fundamental rights, implementing different actions during the contractual cycle.

Palabras claves: Contratación pública estratégica, Derechos fundamentales, Derechos humanos Estado Social y Democrático de Derecho, sostenibilidad.

Keyword: Strategic Public procurement, Fundamental Rights, Human rights, Social and Democratic State of Law, sustainability.

1. EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

A nivel global la contratación pública se ha transformado y, para comprender la naturaleza y el fundamento de este cambio, se hace necesario poner en contexto el ecosistema que ha promovido el mismo.

En el caso dominicano, la influencia principal de esta transformación se puede atribuir al neoconstitucionalismo, también llamado constitucionalismo contemporáneo, término utilizado para referirse a la evolución de los ordenamientos o sistemas jurídicos que ha tenido lugar en muchos países durante la segunda mitad del siglo XX y que admite, una superación de la concepción formal del Estado de Derecho, a un Estado, Democrático, Social y de Derecho que supone la comprensión de la Constitución como sistema de valores y principios, que se proyecta sobre el derecho ordinario o infraconstitucional².

El neoconstitucionalismo, se caracteriza por marcar el cambio en el constitucionalismo clásico, ya que abarca como parte esencial de éste, principios generales de Derecho, valores y una amplia gama de derechos fundamentales, desde el voto universal, el principio de igualdad (desarrollado como el derecho a la no discriminación), incluyendo a su vez los derechos económicos, sociales y culturales, además de los derechos de tercera y ya cuarta generación, como son, el derecho a un medio ambiente sano y derecho a la conectividad. Por lo tanto, en el neoconstitucionalismo, la Constitución pasa de regular solamente

la forma y el poder del Estado, para regular también, a la sociedad, es decir, se encausa en el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, más que en limitar el poder estatal.

Para el reconocido filósofo del Derecho, Prieto Sanchis³ el neoconstitucionalismo tiene una visión de la carta magna enfocada en los valores y principios vinculados a los derechos fundamentales de las personas y a su dignidad, que exceden su formulación meramente escrita. La dignidad y los derechos fundamentales se convierten en fundamento de la nueva forma de organización estatal.

Así pues, al constituir la dignidad humana el valor primario y principio constitucional supremo, este nuevo constitucionalismo demanda amplia protección hacia la persona. En palabras de Cabral Brea “el respeto por la persona humana se convierte entonces en premisa antropológica del Estado Social y Democrático de Derecho”⁴, lo que significa que la garantía y tutela de los derechos fundamentales del ser humano son un elemento característico de esta forma de Estado transversal a todas las acciones y ejecutorias públicas.

El constitucionalismo actual, ha dado lugar a una Constitución que no es puramente nacional, sino que está influenciada por aquellos derechos fundamentales, consignados en declaraciones, pactos, tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, cuya vigencia se ha venido asegurando, incluso, mediante la existencia de unos tribunales supraestatales capaces de interpretarlos y aplicarlos en los Estados miembros que así los hayan ratificado.

Es preciso mencionar en este punto, que con la proclamación de la Constitución el 26 de enero de 2010, y su modificación de 2015 se ha ampliado en muchos sentidos el horizonte del Estado dominicano ya que se plantea una renovada visión de los derechos fundamentales e incluye una serie de nuevos principios, valores y pilares sustanciales que son el nuevo punto de referencia para cada una de las acciones, políticas, programas, proyectos y decisiones que deban ser aplicadas en el Estado y, en consecuencia, en sus instituciones como entes y órganos ejecutores de las políticas públicas.

En el marco de este nuevo horizonte, ha surgido un sistema jurídico renovado que alcanza a la contratación pública, que nació desde los esfuerzos del proceso de reforma y modernización del Estado impulsado a inicios del año dos mil⁵ y que, tras la Constitución de 2010, se consolida como una reforma hacia un Estado Social y Democrático de Derecho, por su artículo 7, que supone intrínsecamente promover la finalidad esencial del Estado que consiste en “la protección efectiva de los derechos de las personas el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”⁶.

Esta función significa, en otras palabras, que el carácter instrumental y servicial del Estado que debe promover y garantizar la protección de los derechos fundamentales no es cualquier protección, se trata, en todo caso, de una

protección efectiva, es decir, una protección que garantice que, en la práctica, en la realidad, los derechos fundamentales sean respetados por todos(as) y ejercidos y disfrutados en su máxima expresión.

De hecho, la Constitución une esta función con otros deberes, que influyen en el enfoque y gestión de la contratación pública, como es el “deber fundamental del Estado garantizar la racionalidad del gasto público y la promoción de una Administración pública eficiente”⁷. También dispone que: “La planificación, programación, ejecución y evaluación de la asignación del gasto público responderán a los principios de subsidiaridad y transparencia, así como a los criterios de eficiencia, prioridad y economía”⁸. Asimismo, al referirse a los servicios públicos, la Constitución indica que: “Los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo. El Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad”⁹.

Todos esos mandatos, como veremos más adelante, se vinculan directamente a la contratación pública y trazan pautas para su desarrollo y ejecución y es que, para el cumplimiento de la función esencial del Estado, esto es, para garantizar la protección del ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, la Administración¹⁰ necesita adquirir bienes, servicios y obras para los cuales en ocasiones requerirá la colaboración del sector privado. Esta unión entre el sector público y el privado es un verdadero negocio jurídico conocido comúnmente como contratos públicos.

5 Mediante el Decreto núm. 27-01, se creó el Consejo Nacional de Reforma del Estado (CONARE), con el propósito de orientar la readecuación de las instituciones dominicanas para que sean democráticas, transparentes, eficaces y eficientes, sustituyendo la Comisión Presidencial para la Reforma y Modernización del Estado, que había sido creada por el Decreto núm. 484-96.

6 Artículo 8 de la Constitución.

7 Artículo 75.6 de la Constitución

8 Artículo 238 de la Constitución

9 Artículo 147 de la Constitución

10 Cuando se emplea el término Administración o Administración Pública, se refiere a los órganos y entes que forman parte del Estado, incluyendo cada uno de sus poderes, instituciones autónomas y descentralizadas.



De manera particular, si observamos, la Constitución concretiza que al ser la Administración una persona jurídica-pública, para el ejercicio de sus competencias, en este caso, para contratar y adquirir bienes, servicios y obras, se encuentra sometida al principio de juridicidad, que implica, de acuerdo a su artículo 138, que: "La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado". Principios estos, que son de aplicación directa en la contratación pública que se realice entre la Administración y un particular.

El pleno sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, tal como ordena la parte in fine del artículo citado, implica que ésta actúe sujeta a todo el sistema de fuentes (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, principios generales de Derecho, etc.), es decir, que para contratar con el sector privado y también en la ejecución de estos contratos, se deberá garantizar el respeto a los derechos fundamentales consagrados no solo en la Constitución, sino también en aquellos tratados internacionales que contemplen derechos humanos (art. 74.3) y a todos aquellos derechos fundamentales que estén consignados en otra normativa (art.74.1) aun no sea de rango constitucional.

De esta forma, la Constitución como fuente primera de todas las demás normativas, traza un nuevo enfoque para la contratación pública, que es la protección y promoción de los Derechos humanos y fundamentales como finalidad esencial de un Estado Social y Democrático de Derecho, que conlleva como consecuencia una transformación en la forma y la razón de adquirir bienes, obras y servicios.

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA

La contratación pública es el mecanismo utilizado por la Administración pública para realizar gran parte de los trabajos requeridos para cumplir con los objetivos y metas de Estado, a través la colaboración con el sector privado y obtener bienes, prestar servicios y ejecutar obras que no pueden ser provistas por las propias instituciones públicas o que, aun pudiendo, resulta preferible contratar a dicho sector para responder con eficacia y eficiencia al interés general, con miras a garantizar una prestación efectiva y oportuna de los servicios públicos.

Históricamente, la finalidad de las compras y contrataciones públicas ha tenido su fundamento en la búsqueda de la competencia, la transparencia y la lucha contra la corrupción, ya que es un escenario de alto riesgo debido a la inversión económica que representa, pues se destina en promedio cerca del 12 al 15% del PIB a nivel mundial¹¹, y aunque en América Latina, según el último informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹² el promedio es de un 6% del PIB, en el caso de República Dominicana, su impacto se logra dimensionar más fácilmente si se toma en consideración que la inversión oscila entre un 30% a 32% del presupuesto nacional.

Ha sido precisamente por la significativa inversión económica, que el enfoque tradicional de la contratación pública nace con una perspectiva orientada en la prevención de actos de corrupción en la selección de contratistas y en evitar la sobrevaluación de bienes, obras y servicios, centrándose en obtener el menor precio posible y no ha considerado, al menos de forma concreta, otras variables, condiciones o parámetros para determinar la mejor o más conveniente compra y contratación para el Estado.

En otras palabras, la perspectiva tradicional de la contratación pública se limita a procurar el cumplimiento de los procedimientos de selección de contratistas, velando por garantizar la transparencia y prevenir irregularidades asociadas con conflictos de intereses y corrupción administrativa. Con este enfoque se presta mayor atención al menor precio ofertado en la fase precontractual, el cual es usualmente preferido y catalogado como la oferta más conveniente.

Sin embargo, en los últimos años la finalidad de la contratación pública se ha ampliado. Ha pasado de ser sólo un mecanismo utilizado por el Estado para adquirir la prestación de servicios, ejecución de obras y el suministro de bienes de parte del sector privado, a tomar en cuenta

11 Cfr. La Organización Mundial de Comercio (OMC) afirma que en el año 2019 el promedio del PIB era de 10-15%, disponible en línea, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm [última consulta: 29 de noviembre de 2022]. Mientras, que para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2019 el monto invertido en contratación pública fue de un 12%, en línea, <https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/> [consultado: 29 de noviembre de 2022].

12 37 OCDE, "Panorama de las administraciones públicas América Latina y el Caribe 2020" (2020), OCDE Publishing, p.156, disponible en línea <https://www.oecd.org/publications/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2020-1256b68d-es.htm> [consultado: 29 de noviembre de 2022].

el poder de compra de la Administración pública como una herramienta para la promoción y ejecución de políticas públicas para el desarrollo.

Esta ampliación de la finalidad y perspectiva de la contratación pública supone necesariamente un cambio en la forma de adquirir bienes, obras y servicios, ya que la perspectiva tradicional limita las capacidades de decisión estratégica y de diseño de procedimientos que sí consideren la información resultante sobre la sostenibilidad, la promoción de otros derechos e incluso del ciclo de vida de las adquisiciones a través de criterios conocidos como Valor por Dinero¹³. Por ello, se reducen las oportunidades de aprovechar el poder de compra que tiene el Estado para promover la consecución de objetivos de interés general y de políticas públicas, incluida la posibilidad de motorizar a través de ella la protección y promoción de los derechos fundamentales como se analiza en este documento.

La innovada perspectiva de la contratación pública se concentra en adoptar mejores decisiones de compras, mediante el desarrollo de procedimientos más informados y orientados estratégicamente, a partir del análisis de la experiencia producida en las etapas contractual y postcontractual, y su relación con el diseño de los requerimientos de los próximos procedimientos de selección de contratistas.

Con esta perspectiva de la contratación pública, los(as) servidores y funcionarios, unidades y comités del área de compras dejan de ser meros tramitadores de procedimientos, para convertirse en verdaderos protagonistas de la contratación pública estratégica, actores encargados de la tarea de verificar y procurar el éxito de las adquisiciones, objetivo común al cual deben contribuir todas las áreas de la Administración que se relacionan con el uso del bien, obra o servicio que se necesita.

De este modo, reconocidos autores¹⁴ han coincidido en que la contratación pública no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de adquisiciones de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la el fomento de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPymes), la sostenibilidad social, económica, ambiental y promoción de la innovación.

Por su parte, Gallego Córcole¹⁵ recalca que, a través de la contratación como estrategia, se permite instrumentalizarla con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general y de esta forma, se consideran objetivos secundarios o políticas horizontales aquellos objetivos que no justifican la contratación, pero que conllevan aparejada una mejora con respecto a la situación preexistente.

La contratación pública como herramienta estratégica en el caso dominicano, tiene su fundamento en el neoconstitucionalismo previamente contextualizado, en el cumplimiento de la función esencial del Estado y sus deberes fundamentales. Así pues, el nuevo constitucionalismo ha dado paso a la promulgación de varias normas transversales respecto al accionar estatal, tal y como la Ley núm. 1-12 que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo (Ley END) para llevar a cabo el modelo de desarrollo sostenible al que aspira llegar la República Dominicana para el 31 de diciembre del año 2030, y que reconoce en sus ejes estratégicos, tercero y cuarto, los objetivos concretos del Estado para mejorar la calidad del gasto público, asignando prioridad a la dimensión social del desarrollo humano, entre otras vías, a través del uso eficiente de la contratación pública como mecanismo para fortalecer el desarrollo económico-social, proteger el medio ambiente y garantizar el desarrollo sostenible.

Uno de los primeros compromisos de Estado asumidos con la Ley núm. 1-12 fue la flexibilización de los requisitos y procedimientos de contratación dirigidos a las MIPYMES de acuerdo a su artículo 29 numeral 2) y sus objetivos específico y que se sustenta precisamente en artículo 8 de la Constitución, que como se reitera, entiende la función esencial del Estado como la protección efectiva del ejercicio de los derechos fundamentales, los cuales no solo son derechos individuales, sino también derechos sociales, y por tanto, implica la obligación del Estado a remover los obstáculos que impidan la igualdad real o material de las MIPYMES frente a las grandes empresas en la participación de los procedimientos de compras y contrataciones públicas.

De igual modo, el artículo 222 constitucional sobre Promoción de iniciativas económicas populares, reconoce con rango constitucional, la misión del Estado de incentivar y proteger el desarrollo de las MIPYMES: "El Estado reconoce el aporte de las iniciativas económicas populares al desarrollo del país; fomenta las condiciones de integración del sector informal en la economía nacional; incentiva y protege el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa, las cooperativas, las empresas familiares y otras formas de asociación comunitaria para el trabajo, la producción, el ahorro y el consumo, que generen condiciones que les permitan acceder a financiamiento, asistencia técnica y capacitación oportunos", especialmente las dirigidas por mujeres, como garantía del derecho de igualdad, como resaltó el Tribunal Constitucional en su Sentencia TC/0672/18¹⁶.

Así pues, el primer caso palpable del uso de contratación pública como estrategia se evidencia en la promoción de las MIPYMES, sector en el que la República Dominicana ha sido reconocida

13 El concepto de "valor por dinero" es relativamente reciente, y su inclusión en las reformas legislativas sobre compras y contrataciones es una de las recomendaciones más enfáticas y constantes de los organismos técnicos especializados en la materia, para ampliar al respecto, véanse: Las recomendaciones de la OCDE sobre Contratación Pública, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf> [consultado: 30 de noviembre de 2022]; Recomendaciones del BID sobre introducir criterios de selección no monetarios, disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Las-compras-p%C3%BAblicas-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-y-en-los-proyectos-financiados-por-el-BID-Un-estudio-normativo-comparado.pdf> [consultado: 30 de noviembre de 2022]; Directiva modelo de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, disponible en: <https://u1y854.a2cdn1.secureserver.net/wp-content/uploads/2021/12/Directiva-Modelo-RICG-para-la-implementacion-de-compras-publicas-sostenibles.pdf> [consultado: 30 de noviembre 2022]

14 Véanse GIMENO FELIÚ, J. M. 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, primera edición. Madrid, Thomson-Civitas, 2006, págs. 16 y 17. GIMENO FELIÚ J. M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos, primera edición, Navarra Aranzadi; 2014, pág. 237. PERNAS GARCÍA J. (Dir.) Contratación Pública Estratégica, Navarra, Aranzadi 2013; GONZÁLEZ GARCÍA, J. "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública" [en línea]. En Revista Española de Derecho Europeo, octubre-diciembre 2015, págs. 13-42. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/43941/1/REDE%2056%20%20Prof.%20Gonzalez%20Ga%20rc%C3%ADa%20_Sostenibilidad....pdf [consultado 26 de noviembre de 2022]

15 Gallego Córcoles, I. Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea [en línea]. En Revista IUS ET VERITAS, núm. 62, junio 2021, pág. 82-97. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23896> [consultado 26 de noviembre de 2022]

16 "Además, esta política pública destinada a reconocer el emprendedurismo femenino en el sector económico, se corresponde con la obligación del Estado señalada en el numeral 5 del artículo 39 de la Constitución, que le obliga a promover las medidas necesarias para erradicar la desigualdad de género que pudiere existir en este sector de la economía nacional"

como referente en América Latina y el Caribe.¹⁷ Esto nos permite concluir que, los principios generales del Derecho, los valores y nuevos derechos fundamentales reconocidos en el neoconstitucionalismo, han permitido un proceso evolutivo favorable de la contratación pública dominicana, encausada no solo a satisfacer las necesidades generales a través de la adquisición de bienes, obras y servicios, sino también a garantizar los derechos fundamentales y promover el ejercicio y disfrute pleno de los mismos.

Otras normas del sector público que nacen en el nuevo constitucionalismo y que sustente la contratación como herramienta estratégica es la Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-12, en su artículo 10 establece que la Administración pública “tendrá entre sus objetivos la mejora continua de la gestión, bajo parámetros de racionalidad técnica y jurídica, de acuerdo con las políticas fijadas y los recursos disponibles. Con tal propósito, se determinarán los contenidos y correspondientes estándares de calidad en las prestaciones que proporcionan los servicios”.

Del mismo modo, la Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, establece el “principio de racionalidad”, según el cual “la Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego”, precisando además el mandato de que “La Administración ha de adoptar decisiones bien informadas”¹⁸. Vale precisar que, en Ley núm. 340-06 y sus modificaciones, ya existían dos principios que, en combinación con la nueva función esencial del Estado, son pilares para el enfoque estratégico de la contratación pública. Se trata del principio de eficiencia y del principio de economía y flexibilidad, que establecen que las ofertas seleccionadas deben satisfacer el interés general, que en el estado actual deberá centrarse, como se ha referido, en la protección efectiva de los derechos de las personas y su desarrollo humano, en mejorar la calidad del gasto público y en proteger el medio ambiente, garantizando la sostenibilidad económica y social. Estos principios manifiestan que en las compras y contrataciones:

Se procurará seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la administración. Los actos de las partes se interpretarán de forma que se favorezca al cumplimiento de objetivos y se facilite la decisión final, en condiciones favorables para el interés general. Principio de eficacia.

Las normas establecerán reglas claras para asegurar la selección de la propuesta evaluada como la más conveniente técnica y económicamente. Además, se contemplarán regulaciones que contribuyan a una mayor economía en la preparación de las propuestas y de los contratos. Principio de economía y flexibilidad.

Hace apenas un año, como seguimiento del proceso de adaptación del Estado a los mandatos de la Constitución vigente, y de las leyes transversales que se han emitido luego del 2010, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto núm. 149-21, a través del cual aprueba el Plan General para la Reforma

y Modernización del Estado, cuyo objetivo es “incrementar la capacidad del aparato administrativo para generar valor público, fortalecer la transparencia y el cumplimiento regulatorio, garantizar el acceso a derechos, mejorar el gasto administrativo, incrementar la calidad de los servicios públicos e impactar positivamente en la calidad de vida de la ciudadanía”.

También, en la forma de hacer contratación pública ha incidido la Agenda 2030 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que contiene 17 objetivos para erradicar la pobreza y promover el crecimiento económico sin afectar el medio ambiente que, aunque es un instrumento internacional que no es jurídicamente vinculante, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como la República Dominicana, se han comprometido a alcanzarlos a través de sus ejecutorias y han considerado la contratación pública como una herramienta para potencializarlos.

De la mano de los ODS ha tomado relevancia el concepto y la implementación de las llamadas de compras públicas sostenibles (CPS), que en palabras de la experta en la materia, Goris Goris¹⁹, se refiere de manera más amplia a los procesos de contratación del Estado que tienen por finalidad satisfacer las necesidades de la Administración de forma que permita obtener valor por dinero sobre la base del ciclo de vida de los productos, lo cual genera beneficios sociales y económicos, y al mismo tiempo reduce el impacto del consumo sobre el medioambiente. Así pues, la autora describe que las CPS:

Son compras que apoyan lo local, apuestan a la eficiencia de los recursos del Estado, generan

*mayores oportunidades para sectores minoritarios y mujeres, apoyan a los pequeños productores nacionales y a los empresarios responsables; entonces, se estaría saliendo de la tradicional regla de adjudicar al menor precio ofertado al considerar aspectos como la durabilidad del bien, servicio u obra (que al final se traduce en dinero), costos ocultos, menor impacto ambiental o mayor tiempo de uso, y maximización de impactos sociales*²⁰.

Se observa en el objetivo 12 de las ODS sobre “producción y consumo responsables” la meta de promover “prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales” que a su vez se concatena con los Ejes 3 y 4, de la Ley END que prevé compras públicas estratégicas para el desarrollo a través de la: “3.1 Economía articulada, innovadora y ambientalmente sostenible, con una estructura productiva que genera crecimiento alto y sostenido, con trabajo digno, que se inserta de forma competitiva en la economía global” y su línea de acción y “4.1.2.3. Sostenibilidad Ambiental en la Gestión Estatal, a través de compras estatales que incorporen prácticas de consumo y aprovechamiento sostenibles”.

Considerando todo lo anterior, resulta claro que las CPS se enmarcan en los ODS y en la Agenda 2030, teniendo como misión neurálgica la protección y el desarrollo de los derechos humanos en tanto derechos fundamentales universales. Así lo resalta el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derecho al referir que “Una vía de desarrollo en la que no se respeten y protejan los derechos humanos no puede ser sostenible, y dejaría sin sentido la noción de desarrollo sostenible”²¹. En consecuencias, la CPS en sus tres pilares cardinales económico,

17 Primer lugar V Edición del Premio Interamericano a la Innovación para la Gestión Pública Efectiva, año 2017, la experiencia innovadora de República Dominicana fue ganadora del primer lugar en la categoría “Enfoque de Género y de Derechos”, por ser considerada como una herramienta que propicia la inclusión e igualdad de oportunidades a través de las compras públicas. Disponible en línea: <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=PrGVA5zsAL0%3d&tabid=1826> [Consultado 26 de noviembre de 2022]

18 Artículo 26 de la Ley núm. 107-13

19 Goris Goris, D. “Compras públicas para el desarrollo sostenible”. En Gaceta Judicial, ISSN 2076-619, X año 25 • Número 399, junio 2021, pág. 80.

20 Ídem.

21 Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. “The business and human rights dimension of sustainable

social y medioambiental, no solo promueve la protección de los derechos humanos en todo el ciclo de la contratación pública, sino que también apoya el cumplimiento de los derechos humanos.

Todas estas disposiciones, también sustentan que en la República Dominicana recientemente se emitirá el Decreto núm. 617-22 sobre fomento a las compras sostenibles e inclusivas, el cual de forma expresa señala en sus considerandos que estas compras “procuran, además de garantizar la transparencia y el control de los fondos públicos, que se maximice el valor por el dinero invertido en beneficios sociales y reducir el impacto sobre el medio ambiente”. Por igual, dicho decreto establece que las compras públicas sostenibles no solamente son las compras con enfoque medioambiental, sino que abarcan, la sostenibilidad económica y la social, detalle que abordaremos en el siguiente apartado.

En definitiva, tras el análisis de la Constitución, las leyes núm. 1-12, núm. 247-12, núm. 107-13, los ODS y su Agenda 2030, los decretos núm. 149-21 y núm. 617-22, junto a los principios de eficacia y de economía y flexibilidad consagrados en la Ley núm. 340-06, no queda duda de que en un Estado Social y Democrático de Derecho se debe dejar atrás el enfoque tradicional y cortoplacista de la contratación como mecanismo de abastecimiento y control de fondos públicos y abocarse a la implementación de una contratación estratégica, que además de promover la transparencia y el uso eficiente del presupuesto, integra de forma transversal la dignidad y desarrollo humano que son las piedras angulares de la nación dominicana.

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme se expresaba al inicio de este documento, el neoconstitucionalismo está enfocado en los valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre y a su dignidad, que a su vez son los cimientos de un Estado Social y Democrático de Derecho donde la contratación pública ya no es un simple mecanismo de abastecimiento, sino que debe contribuir al cumplimiento de la función esencial del Estado y esto la convierte en un mecanismo o herramienta estratégica ya que, tal como afirma Jorge Prats²², para que un Estado se pueda considerar efectivamente Social y Democrático de Derecho, lo primordial es la observancia y realización de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.

De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución dominicana, el Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para lograr su protección real y efectiva, así como la de sus derechos fundamentales. De tal forma, el Tribunal Constitución, ha afirmado que: “El respeto a la dignidad humana o de la persona, constituye el fundamento tanto de la Constitución dominicana como del Estado, siendo su respeto y protección una responsabilidad esencial de los poderes públicos (artículos 5, 7 y 38 de la Constitución) (...)”²³.

Esta responsabilidad especial que tiene el Estado de proteger, promover y hacer efectiva la dignidad humana y con ello la garantía plena de los derechos humanos y

fundamentales, debe encontrarse en cada una de las ejecutorias de sus planes, programas, proyectos y, en esa línea, en los procedimientos de contratación pública y los contratos que se ejecuten resultante de los mismos. Para ello, es necesario comprender formalmente qué son los Derechos humanos, y eso lo define el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)²⁴ como aquellos “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin ninguna distinción de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin ninguna discriminación. Son derechos interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.

Cabe precisar que los Derechos humanos no son solamente de aquellos derechos fundamentales que constan en la Constitución, esto ha quedado claro en ella misma al referir en su artículo 74 numerales 1) y 3) que los derechos fundamentales: “1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza y; 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”. En ese sentido, se reconocen todos aquellos suscritos en normas y declaraciones, tales como La Declaración Universal de Derechos Humanos;

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

No puede dejar de mencionarse los principios rectores sobre empresas y derechos humanos aprobados por la Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2011²⁵, de los cuales deben destacarse los principios 4²⁶, 5²⁷ y 6²⁸ que disponen a los Estados promover y exigir el respeto de los derechos humanos a todas las personas con las personas que tenga relaciones a través de contratos públicos, lo que va de la mano con un sistema de correcto seguimiento en la ejecución contractual como facultad de la Administración de supervisar los contratos.

Bajo ese entendido, una perspectiva de una acción basada en derechos fundamentales y humanos debería ser el centro de todos los marcos jurídicos y políticos de la contratación pública. No obstante, en el caso dominicano, todavía sigue teniendo mucha fuerza la perspectiva tradicional de la compra pública basada en la adquisición a menor precio y, que no da espacio a introducir otras variables, condiciones o parámetros para valorar aspectos más estratégicos como, tratar de asegurar el respeto de los derechos humanos en todo el ciclo de la contratación pública.

development: embedding “protect, respect and remedy” in SDGs implementation”[en línea] 2017, pág.1. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf [Consultado: 30 de noviembre de 2022]

22 Jorge Prats, E. Derecho constitucional, vol. I, lus Novum, Santo Domingo, 2014, pág. 619.

23 Tribunal Constitucional. Sentencia publicada en el portal del TC: TC/0030/19, 2 de abril de 2019 [en línea], Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18484/tc-0030-19.pdf> [consultado: 30 de noviembre de 2022].

24 Véase ¿Qué son los Derechos humanos? [en línea]. Disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights> [consultado: 30 de noviembre de 2022].

25 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011 [en línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf [consultado: 30 de noviembre de 2022].

26 Principio 4: Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.

27 Principio 5. Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.

28 Principio 6. Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.

De hecho, existen datos palpables²⁹ de que las contrataciones basadas en el precio más bajo se asocian, en el sector privado, con violaciones a los derechos humanos por la explotación laboral y las condiciones de inseguridad en los espacios de trabajo.

Al respecto, si bien existe conciencia global de la reivindicación a respetar el derecho a un trabajo digno, lo que se ha traducido en normas exigidas al sector privado como responsabilidad social empresarial para mejorar la calidad de la jornada laboral e introducir cambios para implementar una producción responsable de sus productos, esto no ha trascendido tan ampliamente en la contratación pública, como señala Miranzo Díaz³⁰, ya que las instituciones no suelen incluir características sociales en sus contrataciones, lo que deriva, en la práctica, en una penalización hacia las empresas que implementan aspectos sociales en su actividad económica, pues estos pueden incrementar los costos de producción y por tanto el valor final del contrato, siendo perjudicadas sus ofertas en relación a las de otras empresas con un precio menor debido a que no cumplen con estos criterios.

Es preciso señalar que, si bien el uso estratégico de la contratación pública ha ido abriéndose espacio, en el caso dominicano como fue señalado, en temas de derecho a la igualdad de las mujeres, inclusión y derechos económicos

de las MIPYMES, igual en la región sobre derecho a un ambiente sano con la compras verdes³¹, Tornos Mas³² destaca que la inclusión en los procedimientos de contratación pública de consideraciones sobre los derechos humanos no ha sido suficiente ni frecuente, debido a que la legislación sobre contratación pública no ha hecho referencia a esta finalidad y, por otro lado, la exigibilidad del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas aún tiene una regulación poco precisa, y las directrices en este sentido están muchas veces contenidas en normas de soft law, actuando más bien como recomendaciones y propuestas de actuación, que como norma prescriptivas y vinculantes.

A pesar de lo anterior, esto no debe ser un desmotivador para que los países intenten innovar en sus procesos contractuales. De ser interés, a nivel comparado, ya existen referencias normativas y buenas prácticas implementadas sobre la contratación pública enfocada en la garantía y protección de Derechos. Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 que obliga a los Estados miembros a velar, durante la ejecución del contrato, por el cumplimiento de las obligaciones vinculadas a derechos ambientales, sociales, laborales y a adaptar sus normativas en ese sentido. En cuanto a la implementación práctica, pueden ser

estudiadas las guías y experiencia sobre contratación pública y derechos humanos emitidas por Irlanda del Norte³³, Gobierno Local de Cataluña³⁴ y Colombia³⁵. Referencias y buenas prácticas que han servido de base para el tema desarrollado en el siguiente subapartado, como medidas para incluir en la contratación pública con perspectiva de derechos humanos y fundamentales.

3.1 MEDIDAS PARA INCLUIR LA PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CICLO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Estado, cuando recibe bienes, servicios y obras de un privado, como contrapartida de un contrato público, debe asegurarse, o al menos prever, que para su ejecución no se hayan violado derechos fundamentales ni humanos, no solo de las condiciones laborales de los empleados de los proveedores, sino también sobre el impacto al medio ambiente e incluso la no afectación a las comunidades donde se produce o desarrolla la labor empresarial. Es por esto, que el referido principio rector núm. 6 sobre empresas y derechos humanos establece el deber de los Estados de promover entre las empresas con las que se tenga relaciones comerciales, el respeto integral de los derechos humanos. De este modo, el comentario que describe este principio señala:

Los Estados llevan a cabo múltiples transacciones comerciales con empresas, especialmente a través de sus actividades de adquisición. Esto les brinda oportunidades excepcionales -individual y colectivamente- de promover la concienciación y el respeto de los derechos humanos entre esas empresas, en particular al estipular los términos de los contratos, prestando la debida atención a las obligaciones del Estado dimanantes de la legislación nacional e interna³⁶.

La compra y contratación pública en la que se selecciona a esa persona o empresa privada está conformada por un conjunto de procesos, etapas y procedimientos que deben conducir al éxito de la adquisición y generar valor a través de ésta. Para los procedimientos ordinarios³⁷ el artículo 30 del Reglamento de aplicación de la Ley núm. 340-06 aprobado mediante Decreto núm. 543-12, establece como etapas obligatorias que deben agotar las instituciones, las siguientes: 1) Planificación, 2) Preparación, 3) Convocatoria, 3) Instrucciones a los oferentes, 4) Presentación, apertura y evaluación, 5) Adjudicación, 6) Perfeccionamiento del contrato, 7) Gerenciamiento del contrato y 8) Pago.

Estas ocho (8) etapas se agrupan en las llamadas etapa precontractual, contractual y postcontractual y es en cada una de ellas donde la institución contratante debe plantear una estrategia enfocada en valor por dinero, en este caso, en obtener el bien, servicio y obra requeridos sin afectar, e incluso promoviendo y protegiendo los derechos fundamentales de las

29 La tendencia hacia la llamada "fast fashion", por ejemplo, estuvo implicada en el desastre de Rana Plaza de 2013 en Bangladesh, donde colapsaron cinco fábricas de ropa, lo que resultó en al menos 1.132 fallecidos y más de 2.500 heridos. Para ampliar véase: Aruna Kashyap, "Paying for a Bus Ticket and Expecting to Fly", How Apparel Brand Purchasing Practices Drive Labour Abuses, Human Rights Watch, 23 de abril de 2019 y Dr. Ba-ak Ba-layan, Ingrid Landau, Marisa McVey y Kebene Wodajo, Good Business: The Economic Case For Protecting Human Rights, BHR Young Researchers Summit et al, diciembre de 2018.

30 Miranzo, Díaz. J. "La Contratación como motor de cohesión social tras la Ley núm. 9/2017", [en línea]. En Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. Extraordinario, marzo 2019, pág. 23 Disponible en: https://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/javier_miranzo_diaz.pdf [consultado el 30 de noviembre de 2022]

31 El 60% de los países de ALC que respondieron indicaron tener políticas específicas o disposiciones legislativas para promover la participación de las PYME en la contratación pública. El 55% de los países de ALC, incluidos Brasil, Costa Rica, El Salvador y Paraguay, han desarrollado estrategias para promover la compras y contrataciones verdes y así contribuir a salvaguardar el medio ambiente y a combatir el calentamiento global. Para ampliar véase: Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020, disponible en <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/5623a414-es/index.html?itemId=/content/component/5623a414-es> [consultado el 30 de noviembre de 2022]

32 Tornos Mas, J. "Contratación pública y derechos humanos", [en línea]. En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, núm. 24, 2020, págs. 4 Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.02> [consultado el 30 de noviembre de 2022]

33 Véase Procurement Guidance Note PGN 03/18, Human Rights in Public Procurement. <https://www.finance-ni.gov.uk/sites/default/files/publications/dfp/PGN-03-18-Human-Rights-in-Public-Procurement.PDF>

34 Véase Guía para la protección y la promoción de los derechos humanos en la contratación pública https://reaseuskadi.eus/wp-content/uploads/GUIA_993_WEB_CAST-1.pdf

35 Véase Colombia Compra Eficiente. Guía de Compras Públicas Socialmente responsables. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_cp_socialmente_responsables.pdf

36 Naciones Unidas. Informe del representante especial del secretario general del para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Documento A/HR/17/31, de 21 de marzo de 2011.

37 Los procedimientos de selección ordinarios de acuerdo con la Ley núm. 340-06 son la licitación pública nacional o internacional, licitación restringida, sorteo de obras, comparación de precios, compras menores y subasta inversa.

personas vinculadas a la adquisición, ya sea como productoras o usuarias, en ejercicio de su función esencial como Estado Social y Democrático de Derecho.

Resulta oportuno aquí resaltar lo descrito por el departamento de finanzas de Irlanda del Norte en la guía sobre contratación pública y derechos humanos, sobre la razón de vincular estos dos temas:

- 1.2 El no respetar los derechos humanos de una persona entra en conflicto con los estándares internacionales y el derecho interno. Las autoridades públicas tienen la obligación de respetar, proteger y promover los derechos humanos incluso durante el proceso de contratación pública.
- 1.3 Un enfoque de contratación pública basado en los derechos humanos puede utilizarse tanto para prevenir violaciones y abusos contra los derechos humanos como para desempeñar un papel activo en el respeto, la protección y el cumplimiento de estos³⁸.

Ciertamente, existe una obligación por parte de las empresas de respetar los derechos humanos, así como también una obligación de los Estados de adoptar normas necesarias para garantizar, promover y supervisar cumplimiento de que empresas respeten los derechos humanos, lo que alcanza a la contratación pública.

Partiendo de lo anterior y considerando la perspectiva de la contratación pública como estrategia y su capacidad de promover y proteger derechos fundamentales, resulta de valor plantear algunas recomendaciones para aplicar en el ciclo de la contratación, tomando como referencia las buenas prácticas comparadas y desarrolladas en la materia.

Es importante precisar que, en todos los casos, estas medidas deben ser ponderadas y adaptadas razonada y proporcionalmente de acuerdo a las circunstancias propias como la magnitud del proceso, el tipo de bien, servicio u obra, así como otras variables vinculadas al tipo de sector, lugar de ejecución del contrato, las necesidades a satisfacer y los resultados que se esperan alcanzar. Las medidas dirigidas a los oferentes, podrán valorarse como requisitos necesarios o indispensables que deberán ser o como requisitos deseables a ser ponderados a través de puntaje.

MEDIDAS Y CONDICIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

La etapa precontractual es aquella en la que se realizan todas las actuaciones previas a la formalización del contrato, incluyendo la planificación y preparación de las contrataciones, su convocatoria y desarrollo del procedimiento de selección de contratistas (recepción de ofertas, evaluación y adjudicación). En sentido general esta es la etapa más neurálgica, pues es donde las instituciones deben implementar una visión estratégica de la adquisición, claramente amparada en generar valor y promover la protección de los derechos fundamentales a través de los requisitos que deberán ser detallados en el pliego de condiciones³⁹. Las medidas que podrían ser implementadas son:

38 Procurement Guidance Note PGN 03/18, Human Rights in Public Procurement. Op. Cit. pág. 4 [traducción libre].
39 Incluido en el pliego las fichas técnicas y términos de referencia.

- I. Planificar de forma estratégica la adquisición, verificando si la necesidad puede ser satisfecha a través de bienes, servicios o proveedores con un impacto social, económico o ambiental, para que las alternativas solicitadas cumplan con estas condiciones o se les otorgue puntuaciones más favorables de cumplir los criterios de sostenibilidad.*
- II. Indicar de forma expresa en el pliego de condiciones y en las convocatorias que los oferentes, proveedores y contratistas, así como sus suplidores en la cadena de suministro deben respetar los derechos humanos.*
- III. En el paso de estudios previos⁴⁰ la institución deberá realizar diagnóstico sobre los factores de riesgo o sensibles a la violación de derechos humanos vinculados a la compra o contratación considerando el sector productivo, a los fines de mitigar o neutralizar los posibles efectos negativos que pudieran ocasionarse.*
- IV. Que los oferentes presenten una declaración responsable⁴¹ que acompañe su oferta, en la que manifieste que, en toda su actividad contractual, incluso sus suplidores o subcontratistas cumplen con los derechos humanos y los garantizarán durante todo el periodo de ejecución del contrato que se les adjudique.*
- V. Que la oferta económica desagregue todos los costos de la mano de obra, personas laborando, el número y tipo de personas trabajadoras, así como las horas de trabajo para cumplir con el objetivo del contrato, esto a los fines de poder determinar si con el equipo de trabajo propuesto, se respeta la cantidad de horas máximas de trabajo y los salarios establecidos para el sector.*
- VI. Que los oferentes demuestran haber incorporado programas de cumplimiento normativo en sus empresas como parte de su responsabilidad corporativa haga referencia de forma específica a la protección de los derechos humanos. Esto puede ser exigible o ponderarse a través de puntuación adicional a la oferta.*
- VII. Que los oferentes aporten alguna documentación o certificación que ofrezca información cumplimientos de sostenibilidad en sus procesos de producción, de adquisición o cadenas de suministro.*
- VIII. En la etapa de evaluación, la institución realizar debida diligencia para obtener información sobre las empresas y sus niveles de riesgos frente a potenciales incumplimientos con los derechos humanos en la cadena de suministro.*

40 Entendiéndose por estudios previos el conjunto de documentos que fundamentan la adecuada preparación del procedimiento de selección de contratistas a ser realizado y permite delimitar el objeto, sus características, la demanda y oferta en el mercado, la viabilidad y el presupuesto estimado del bien, servicio u obra a contratar, así como cualquier información relevante para satisfacer la necesidad de que se trate.
41 Esta condición de declaración responsable es una buena práctica identificada en la guía de contratación pública y derechos humanos del gobierno de Cataluña y también de Colombia Compra Eficiente. En ambos casos se requiere que el documento sea aprobado al más alto nivel directivo de la empresa, su publicidad y difusión interna con sus personal y externa, además quedar reflejado en las políticas y los procedimientos operacionales de la empresa.

IX. Requerir a los oferentes que implementen debida diligencia de derechos humanos en sus procesos internos y externos con sus suplidores y en la cadena de suministros de sus productos o servicios.

En cuanto a la novedad de implementar la debida diligencia en materia de derechos humanos de parte de los proveedores, el Grupo de Trabajo de la ONU⁴² resalta que es un proceso de gestión de riesgos que permite a las empresas identificar las consecuencias negativas reales y potenciales sobre los derechos humanos relacionadas con sus actividades y cadenas de suministro, adoptar medidas para prevenir o mitigar esas consecuencias y, cuando el daño ya se ha producido, garantizar que las víctimas tengan acceso a una reparación efectiva. Asimismo, la OCDE en 2019 publicó un programa sobre “Contratación pública y conducta empresarial responsable”⁴³ para avanzar en la integración de las Conductas Empresariales Responsables (CER), centrándose en la integración de la debida diligencia en las políticas y prácticas de contratación pública a lo largo del ciclo de contratación pública.

Sobre debida diligencia, la Dirección General de Contrataciones Pública aprobó mediante Resolución ref. PNP-07-2022 la Guía ABC de la Debida Diligencia en las contrataciones Públicas⁴⁴ sin embargo, la misma no está en enfocada en la protección y promoción de los derechos humanos, sino exclusivamente en la prevención de conductas contrarias a la ética, conflictos de interés, inhabilidades y prácticas anticompetitivas, por lo que sería adecuado incorporar a ésta disposiciones que permitan incluir la perspectiva de los derechos humanos y fundamentales.

MEDIDAS Y CONDICIONES EN LA ETAPA CONTRACTUAL

La etapa contractual, es aquella que inicia con la formalización del contrato y dentro de la cual se producen todas las actuaciones e incidencias vinculadas a su ejecución, desde las condiciones de su inicio hasta su terminación, es donde las instituciones deben procurar el debido seguimiento del contrato a fin de asegurarse de que todo lo que el adjudicatario ofreció durante el procedimiento y en su oferta sea cumplido con el valor que se ponderó para resultar ganador. Las medidas que podrían ser implementadas y que deberán estar anunciadas en el pliego de condiciones son:

I. Asignar a un responsable de contrato o gerente de contratos que tenga entre sus funciones y compromisos llevar una bitácora del contrato, inspeccionar que los bienes, servicios y los avances de las obras son entregados o ejecutados según lo establecido en el contrato

II. Establecer periodicidad en la supervisión y las consecuencias del incumplimiento, en forma de penalidades, incluyendo la resolución del contrato.

III. Requerimientos de informes periódicos al adjudicatario o contratista sobre el cumplimiento

42 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derecho. Integración de los Derechos Humanos en la Contratación Pública: Un Enfoque En América Latina y el Caribe. Presentada en la última reunión celebrara el 20 de abril de 2022, disponible en: <https://empresasyderechoshumanos.org/compras-publicas/> [consultado el 30 de noviembre de 2022]

43 Véase a organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE). Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable [en línea]. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

44 La guía está disponible en línea en: <https://www.dgcp.gob.do/wp-content/uploads/2022/ABC%20DE%20LA%20DEBIDA%20DILIGENCIA.pdf>

de derechos humanos a lo interno de su empresa e incluso sobre la aplicación de la debida diligencia para con sus suplidores.

Sobre las medidas de seguimiento el autor Tornos Mas⁴⁵ remarca que, si bien en ocasiones la violación de los derechos humanos puede constituir un motivo de resolución del contrato, los procesos de seguimiento y control también pueden servir para corregir los impactos adversos a los derechos humanos que se hayan identificado (compensación financiera, reparación, etc.), a fin de favorecer un cambio en el comportamiento de los adjudicatarios y una mayor concienciación sobre la necesidad de cumplimiento con los derechos humanos. En esos casos, siempre habrá de accionar conforme al principio de proporcionalidad, medir el grado de voluntariedad y conocimiento del comportamiento empresarial.

MEDIDAS Y CONDICIONES EN LA ETAPA POSTCONTRACTUAL

La etapa postcontractual, es la que inicia con la terminación del contrato y concluye con el pago y liquidación de las obligaciones, sobre el tema vinculado a la protección de los Derechos Humanos, las medidas que podrían ser implementadas son:

I. Solicitar declaración al proveedor y contratista de si durante el suministro del bien, prestación del servicio o ejecución de la obra existió algún incidente interno sobre violación a derechos o exista alguna causa administrativa o judicial vinculada con a la ejecución del contrato y/o trabajadores.

II. Exigir información al contratista o proveedor sobre los mecanismos de restablecimiento o compensación del daño ocasionado, de haber habido.

OTRAS MEDIDAS TRANSVERSALES

En el informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derecho⁴⁶ se ha resaltado que la ausencia de más políticas e implementación de la contratación pública a los Derechos humanos, suele estar relacionada con la falta de orientación práctica sobre cómo las autoridades pueden hacer efectivo el deber del Estado de proteger estos derechos en todas sus actuaciones de contratación. Por lo tanto, recomiendan desarrollar programas de formación para las personas e instituciones públicas y privadas para aplicar los marcos jurídicos y políticos sobre derechos humanos y contratación pública.

En el caso dominicano, la Dirección General de Contrataciones Pública (DGCP) ya ha iniciado esfuerzos palpables para capacitar a las empresas en el programa de “Responsabilidad Social Empresarial”⁴⁷ que en sus primeras ediciones ha sido dirigida a MiPymes Proveedores del Estado, y que ha incluido dentro de sus temas herramientas para que las empresas conozcan y se autoevalúen en cuanto al cumplimiento de sus negocios de las mejores prácticas de derechos humanos, gobernanza, prácticas justas de comercio y gestión de residuos, aspectos que integran

45 Tornos Mas, J. Op. Cit. Pág. 23

46 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derecho. Integración de los Derechos Humanos...Op. Cit.

47 Para ampliar, véase el programa disponible en: <https://www.dgcp.gob.do/programa-indicarse-pyme/>

la responsabilidad social empresarial. Sería recomendable que estas capacitaciones sean transversales para todas las personas físicas y jurídicas interesadas en proveer al Estado.

En cuanto a capacitación a las instituciones públicas se han desarrollado encuentros sobre el uso del Criterio de Valor por Dinero⁴⁸ con el propósito de que las adquisiciones no se sustenten exclusivamente en el precio y se incorporen de forma más acelerada y natural, otros criterios que permitan un enfoque en sostenibilidad medioambiental⁴⁹, en sostenibilidad económica⁵⁰ o en sostenibilidad social⁵¹, o incluso la combinación de todas o algunas de ellas, ya que lo que se busca es obtener el mejor valor posible en conexión con los objetivos de desarrollo sostenible, los derechos fundamentales y procurando la mejor calidad en los bienes, obras y servicios contratados.

Sobre este particular, en el ámbito local se reitera que mediante el Decreto núm. 617-22 sobre fomento a las compras sostenibles e inclusivas, el literal c), del párrafo del artículo define la contratación con sostenibilidad social como aquella que “busca reducir las desigualdades sociales, incluir grupos vulnerables, adultos mayores y mujeres, personas con discapacidad, así como promover el respeto de los derechos humanos, el cumplimiento y la adhesión a normativas y buenas prácticas internacionales de seguridad social, salud, e higiene en el ámbito laboral y a la accesibilidad universal en los bienes, obras y servicios a adquirir por el Estado”.

Enmarcada en estas disposiciones transversales para todo el Sistema Nacional

de Compras y Contrataciones Públicas, se destaca que la DGCP ha elaborado un borrador de política de Compras Públicas Verdes sobre la base del citado decreto, que actualmente se encuentra en consulta pública⁵² y en el que - aun cuando no es propiamente un tema de compra verde-, se enuncian en su artículo 8 numeral b) posibles criterios de sostenibilidad social que pueden ser implementadas como las medidas de promoción y protección de derechos, a saber:

- 1. La valoración de ofertas presentadas por MiPymes y MiPymes mujeres, cooperativas de productores familiares o personas con discapacidad.**

2. Exigir el cumplimiento estricto de las regulaciones y disposiciones legales de naturaleza laboral, seguridad industrial y salud ocupacional.

3. Adquisición de productos procedentes del comercio justo (ante una oferta sustancialmente baja, consultar al oferente respecto a las causas de los precios ofertados evitando así, precios sustancialmente bajos por incumplimientos a normas medioambientales o de derechos de trabajadores).

4. Establecer las condiciones de accesibilidad universal en los requerimientos principalmente en los dirigidos a contratar edificios públicos y medios de transporte.

5. Fomentar las contrataciones con proveedores locales de bienes, obras y servicios con el objetivo de dinamizar la economía y reducir los niveles de pobreza.

En definitiva, estas medidas transversales son también sumamente necesarias considerando que las instituciones han sido timidas en aplicar la contratación pública con perspectiva estratégica y hasta tanto no exista más familiaridad y empoderamiento de parte de éstas, corresponderá a la Dirección General de Contrataciones Públicas dar el mayor impulso y promoción, así como apoyo de asesoría para que esta ampliación del rol de la compra y contratación pueda materializarse.

4. REFLEXIONES FINALES

Los cambios constitucionales y normativos que se han consolidado en los últimos años fundamentan una innovadora perspectiva y finalidad de la contratación pública, donde necesariamente deja de ser un mecanismo solo para adquirir la prestación de servicios, la ejecución de obras y el suministro de bienes del sector privado, para convertirse en una verdadera herramienta estratégica que aporta y agrega valor a la finalidad esencial de un Estado Social y Democrático de Derecho, que es la protección y promoción de los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad de las personas.

Alineado a esta dirección, el poder y el impacto de la contratación pública como estrategia, puede lograr orientar y afianzar comportamientos de proveedores y contratistas en beneficio del interés general, por ejemplo, solicitando -siempre con carácter progresivo y proporcional- que, al ofertar, para obtener buenas evaluaciones y/o resultar adjudicatarios deban proponer bienes, servicios y ejecutar obras, con un enfoque de sostenibilidad, económica, social y/o ambiental.

De igual modo, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, como ha sido desarrollado en el presente artículo, la Constitución, las normativas vinculantes en la materia y muy recientemente el Decreto núm. 617-22 permiten aplicar una serie de medidas, acciones y requisitos en las etapas del ciclo de la contratación para que, con el mismo enfoque estratégico de protección y promoción de derechos, el Estado pueda asegurarse, o al menos prever, que al recibir bienes, servicios y obras de un privado, como contrapartida de un contrato público, no se hayan violado derechos humanos ni fundamentales y en caso de identificarse, poder exigir su restablecimiento o compensación por el daño ocasionado.

48 Director de la DGCP pondera decreto que fomenta las compras públicas sostenibles e inclusivas <https://www.dgcp.gob.do/noticias/director-de-la-dgcp-pondera-decreto-que-fomenta-las-compras-publicas-sostenibles-e-inclusivas/>

49 Literal a) párrafo artículo 1 del Decreto núm. 617-22

50 Literal b) párrafo artículo 1 del Decreto núm. 617-22

51 Literal c) párrafo artículo 1 del Decreto núm. 617-22

52 <https://consultaspublicas.dgcp.gob.do/propuestas/borrador-de-politica-de-compras-verdes/>

BIBLIOGRAFÍA

Cabral Brea, M. El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales: Una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano. Tribunal Constitucional, primera edición, Julio 2021.

Christopher Mc. "Using public procurement to achieve social outcomes" [en línea]. En Revista Natural resources forum, 28, 2004, pág.257-267. Disponible en: <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=948dba0e3724e4c5a07aba06e44445dad05ac76e>

Colombia Compra Eficiente. Guía de compras públicas socialmente responsables [en línea]. Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_cp_socialmente_responsables.pdf

Department of Finance of Northern Ireland. Procurement Guidance Note PGN 03/18 Human Right in Public Procurement, 2018 [en línea]. Disponible en: <https://www.finance-ni.gov.uk/sites/default/files/publications/dfp/PGN-03-18-Human-Rights-in-Public-Procurement.PDF>

Gimeno feliú, j. M. 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, primera edición. Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

Gimeno feliu j. M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos, primera edición, Navarra Aranzadi; 2014.

Gallego Córcoles, I. "Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea" [en línea]. En Revista lus Et Veritas, núm. 62, junio 2021, pág. 82-97, Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23896>

Goris Goris. D. "Compras públicas para el desarrollo sostenible". En Gaceta Judicial, ISSN 2076-619, X año 25 • Número 399, junio 2021

González García, j. "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública" [en línea]. En Revista Española de Derecho Europeo, octubre-diciembre 2015, págs. 13-42, Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/43941/1/REDE%2056%20%20Prof.%20Gonzalez%20Ga%20rc%C3%ADa%20_Sostenibilidad....pdf

Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas Sobre Empresas y Derecho Humanos. Integración de los Derechos Humanos en la Contratación Pública: Un Enfoque En América Latina y el Caribe. Abril 2022 Disponible en: <https://empresasyderechoshumanos.org/compras-publicas/>

Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas Sobre Empresas y Derecho Humanos. The business and human rights dimension of sustainable development: embedding "protect, respect and remedy" in SDGs implementation, 2017, pág.1. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf

Jorge Prats, E. Derecho constitucional, vol. I, Ius Novum, Santo Domingo, 2014.

Pernás García j. (Dir.) Contratación Pública Estratégica, Navarra, Aranzadi, 2013.

Prieto Sanchis, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo. 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

Martín Ortega, O. "Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights: A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry" [en línea]. En Business and Human Rights Journal, núm. 3, 2018, págs. 75–95 © Disponible en: <https://doi.org/10.1017/bhj.2017.35> Published.

Miranzo, Díaz. J. "La Contratación como motor de cohesión social tras la Ley núm. 9/2017", [en línea]. En Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. Extraordinario, marzo 2019, pág. 21-42 Disponible en: https://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/javier_miranzo_diaz.pdf

Morris, D. Impulsar el cambio a Través de la contratación pública: Herramientas de derechos humanos para profesionales y responsables de la formulación de políticas públicas [en línea]. Instituto Danés de Derechos Humanos, marzo 2020. Disponible en: https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/DIHR_Toolkit_Spanish_2020.pdf

Northern Ireland Human Rights Commission. Public Procurement and Human Rights, 2013 [en línea]. Disponible en: https://nihrc.org/uploads/publications/NIHRC_Public_Procurement_and_Human_Rights.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). "Panorama de las administraciones públicas América Latina y el Caribe 2020", 2020, [en línea]. Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2020-1256b68d-es.htm>

Organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE). Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable [en línea]. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011 [en línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

Serna Bermúdez, P. Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho. Editorial Limusa, México, 2009.

República Dominicana. Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015.

República Dominicana. Ley Núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones Públicas de Bienes, Servicios y Obras, de fecha 18 de agosto del 2006 con sus modificaciones contenidas en la Ley Núm. 449-06 de fecha 6 de diciembre del año 2006 y la Ley Núm. 47-20 de fecha 20 de febrero de 2020.

República Dominicana. Ley Núm. 107-13 sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, de fecha 6 de agosto del año 2013.

República dominicana. Decreto Núm. 543-12 que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley de Compras y Contrataciones Públicas de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, de fecha 6 de septiembre del año 2012.

República dominicana. Ley núm. 1-12 que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, de 25 de enero de 2012.

República dominicana. Ley núm. 247-12 Orgánica de Administración Pública, de 9 de agosto de 2012.

Tribunal Constitucional. Sentencia publicada en el portal del TC: TC/0672/18, 10 de octubre de 2018, [en línea], Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18238/tc-0672-18.pdf>

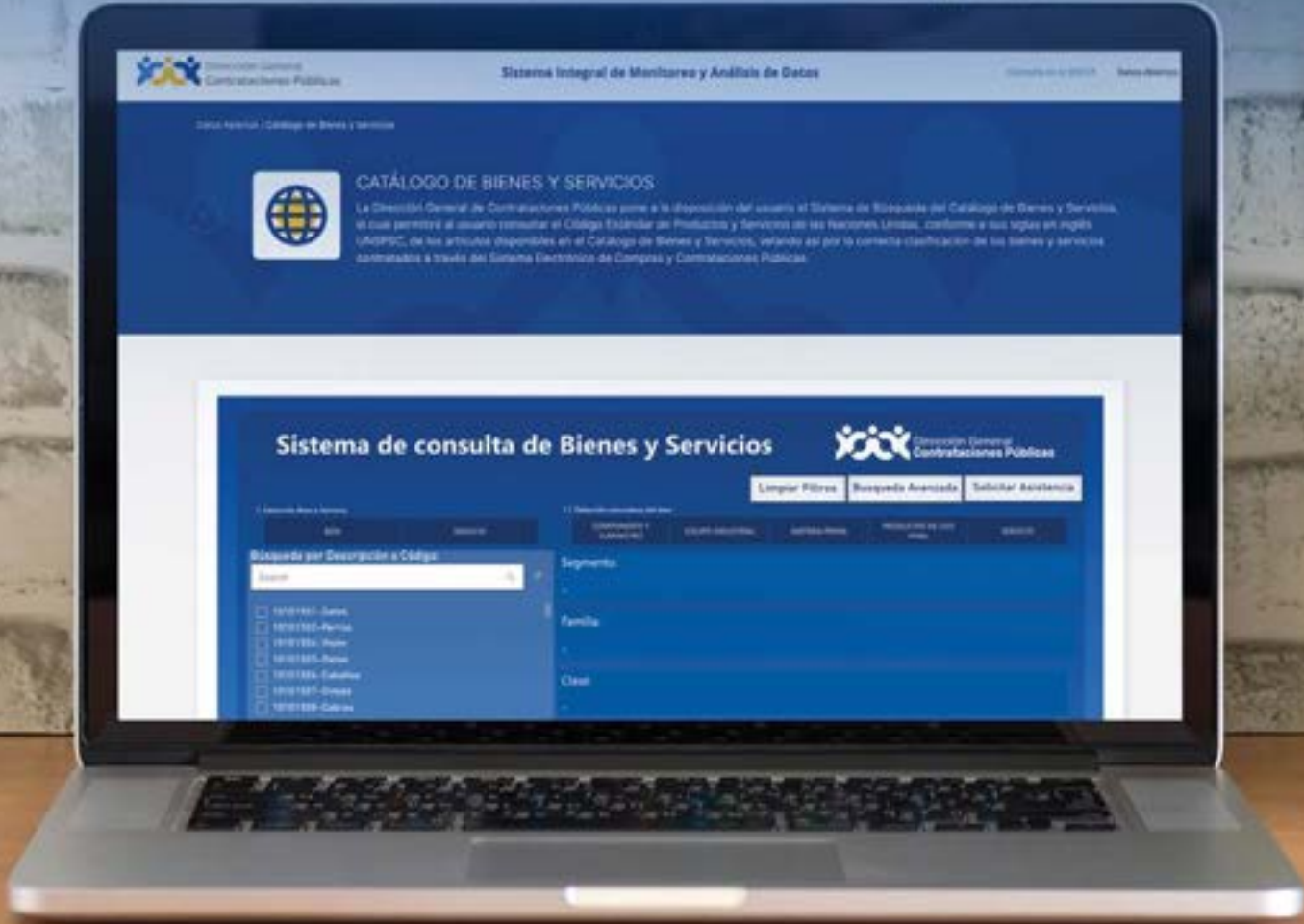
Tribunal Constitucional. Sentencia publicada en el portal del TC: TC/0030/19, 2 de abril de 2019 [en línea], Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18484/tc-0030-19.pdf>

Tornos Mas, J. "Contratación pública y derechos humanos", [en línea]. En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, núm. 24, 2020, págs. 11-41 Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.02>

ACCEDE AL SISTEMA DEL BÚSQUEDA

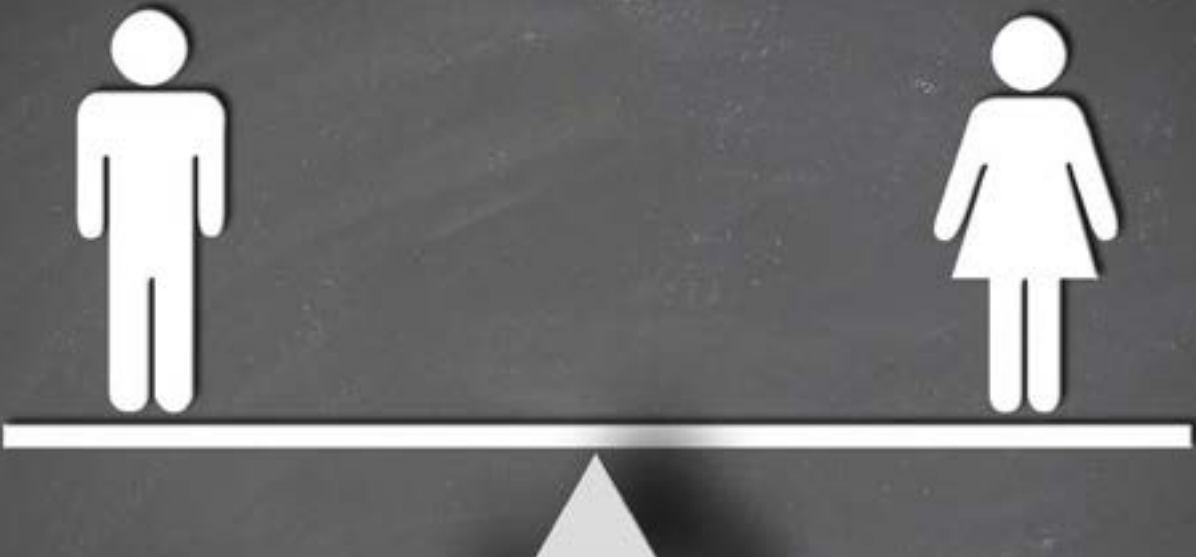
CATÁLOGO DE BIENES Y SERVICIOS

 Dirección General
Contrataciones Públicas



LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS DE REPÚBLICA DOMINICANA

Isabel Alba Henríquez¹



Abstract

This article examines policies implemented by Dominican Republic in the last 10 years in order to mainstream the gender perspective with a view to increase the participation of women in the public sector supply chain. Through its purchasing and contracting governing body, the Dominican Republic has been immersed in a process of developing policies with a gender focus and accompanying women to formalize them as state suppliers. This work includes a look as well at the improvements in public procurements regarding growth and economic positioning of women within them. To the same extent, it investigates the current regulatory framework and its evolution regarding fair and equal purchases within the framework of the commitments of the Sustainable Development Goals (SDG). Finally, it presents the current context of women state suppliers in the public purchasing and contracting system and identifies the barriers that limit and restrict their participation on an equal footing. To the same extent and using benchmarking, it seeks to capture recommendations addressed to the different actors in the Dominican public procurement system.

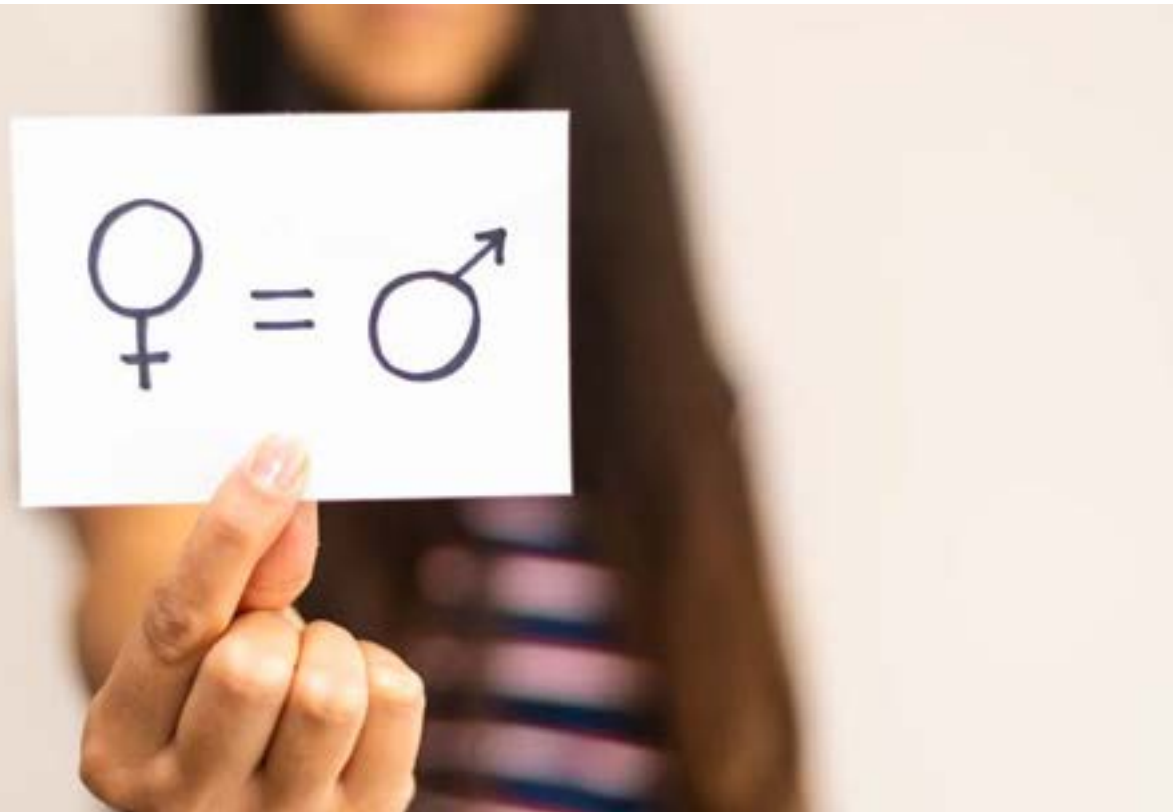
Keywords: gender, public procurement, inclusive procurement, mainstreaming, affirmative actions.

RESUMEN

Este artículo aborda un examen de las políticas implementadas por el Estado en los últimos 10 años para transversalizar la perspectiva de género en miras a incrementar la participación de las mujeres en la cadena de suministros del sector público. A través de su órgano rector de compras y contrataciones, República Dominicana ha estado inmersa en un proceso de desarrollo de políticas con enfoque de género y acompañamiento a las mujeres para formalizarlas como proveedoras del estado. Este trabajo abarca una mirada a los avances de las compras públicas dominicanas desde la perspectiva del crecimiento y posicionamiento económico de la mujer dentro de las mismas. En igual medida, hace una mirada sobre el marco normativo vigente y su evolución respecto de las compras equitativas e igualitarias en el marco de los compromisos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Por último, presenta el contexto actual de las mujeres proveedoras del estado en el sistema de compras y contrataciones públicas e identifica las barreras que limitan y restringen su participación en un plano de igualdad. En la misma medida y haciendo uso del “benchmarking”, busca plasmar recomendaciones dirigidas a los distintos actores del sistema de compras públicas dominicana.

Palabra Claves: género, compras públicas, compras inclusivas, transversalización, acciones afirmativas.

¹ Especialista en derechos humanos y políticas públicas para la inclusión, con amplio conocimiento en derecho internacional y trayectoria de asesoría legal en diferentes comisiones dentro de instituciones públicas, así como del sector privado durante los últimos 8 años.



INTRODUCCIÓN

Las contrataciones públicas son fundamentales para las economías de los países. En América Latina y el Caribe representan aproximadamente del 8.6 % del producto interno bruto (PIB) total, lo que equivale, en promedio, al 30 % del gasto de los países. República Dominicana, desde el 2012 viene implementado normativas, programas y políticas destinadas a incentivar la participación de empresas lideradas por mujeres con miras a incrementar y eventualmente hacer paritaria la participación de estas en las compras públicas del Estado.

El enfoque de género permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, así como las acciones necesarias para cerrar las brechas generadas por esas desigualdades. El presente trabajo viene analizar el impacto de este marco normativo, los programas y las políticas públicas en las contrataciones públicas en República Dominicana, enfocada en la evolución de la participación de las mujeres dominicanas en las compras públicas, como elemento eficaz de lograr modelos de compras inclusivas y sostenibles. Abordar las compras públicas desde una perspectiva de inclusiva y de igualdad de género ha implicado, en primer lugar, dos dimensiones fundamentales: (1) por un lado, dejar atrás la visión tradicional de las compras del Estado como un sistema clientelar para favorecer intereses particulares y (2) por el otro, trabajar a partir de una visión inclusiva y a largo plazo, en la que se asegure la revisión de prioridades del sistema completo incorporando grupos mayormente excluidos

como las mujeres, las MIPYMES y las personas con discapacidad, a la vez tomando en cuenta la sostenibilidad ambiental del sistema².

“Las compras públicas son una herramienta estratégica para la redistribución de la riqueza, la desconcentración de la economía y la generación de oportunidades empresariales y laborales, especialmente para el empoderamiento económico de la mujer”³. Desde el 2012 el Estado dominicano viene dando pasos para mitigar estas limitaciones realizando avances sustanciales. Sin embargo, el grado de avance no ha resultado en un sistema de compras equitativo ni igualitario, así como tampoco se correlaciona con los compromisos plasmados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, especialmente el No. 5.

El Sistema de Compras y Contrataciones Públicas (en lo adelante SNCCP) de República Dominicana actual tiene aspectos limitantes que desfavorecen las mujeres como proveedoras del estado, pues restringe la participación de los negocios propiedad de estas. Esto queda evidenciado toda vez que las compras públicas representan aproximadamente un 35% del presupuesto nacional dominicano y las mujeres participan en menos de un 20% de estas.

El propósito de este artículo es analizar la evolución de la participación de las mujeres en los procesos de compras del Estado tomando como punto de partida los estudios que se han realizado hasta la fecha y que exploran la relación entre los estereotipos de género y la participación minúscula de las mujeres en las compras públicas. De ahí que, se hace una mirada de documentos de investigación e informes relacionados a la materia en República Dominicana, así como por organismos no gubernamentales de Europa, Estados Unidos, y América Latina, para identificar los diagnósticos y propuestas de mejora a en la última década respecto a la desigual distribución de género. A la vez busca poner luz sobre las barreras y desafíos que enfrentan las mujeres proveedoras como un factor potencialmente relevante a la hora de explicar la segregación de género.

² Harper, Leslie Elizabeth y Orjuela E., Jasbleidy. Toolkit: Promoción de la mujer en las compras públicas. Banco de Desarrollo Industrial, 2018, pp. 22-23. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/toolkit-promocion-de-la-mujer-en-las-compras-publicas>

³ Contrataciones Públicas y UNMUNDO trabajan para empoderar económicamente la mujer [en línea]. DGCP, 29 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.dgcp.gob.do/noticias/contrataciones-publicas-y-unmundo-trabajan-para-empoderar-economicamente-la-mujer/>

PERSPECTIVA DE GÉNERO Y COMPRAS PÚBLICAS

Las compras públicas con perspectiva de género suponen la integración de las empresas propiedad de mujeres y/o personas físicas femeninas, en la cadena de suministros, con el propósito de promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en los procesos de adquisición del estado. En consecuencia, las compras públicas se convierten en instrumento para combatir la pobreza y promover el desarrollo socioeconómico.

En la “Guía para la Incorporación de la Perspectiva de Género en los Contratos Públicos, la Dirección General de Compras Públicas de la Generalidad de Cataluña” se establece que la perspectiva de género en la contratación pública “consiste en integrar la visión de género en todos los estadios del proceso de contratación con el fin de utilizarla contratación pública para promover la igualdad de las mujeres y los hombres. La decisión de llevar a cabo una contratación que aparentemente puede resultar neutral puede desencadenar efectos diversos sobre las mujeres y los hombres incluso sin pretenderlo, por eso es importante incluir esta perspectiva de género para determinar las cláusulas de igualdad y en qué momento de la contratación las podemos incluir”.

Desde el 2012 al SNCCP viene implementando diversas estrategias para incentivar e institucionalizar la participación de las mujeres en el sistema nacional de compras públicas. Según reporta⁴ en la Sistematización de Experiencias y Buenas Prácticas de la Dirección de Compras, en cuanto registro de proveedores, al 2019, hemos experimentado un aumento de un 7% en el registro de mujeres proveedoras del Estado. Esto así debido a la implementación de políticas con enfoque de género por el órgano rector de compras tal y como se evidencia más abajo en el diagrama de la línea de tiempo de evolución de sistema de compras.

EVOLUCIÓN SNCCP TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO⁵

La inclusión de mujeres en el proceso de las compras públicas requiere de políticas públicas transversales en todo el aparato estatal para fomentar la incorporación de las mujeres, ya sea como proveedoras o con algún otro rol (por ejemplo, como cuotas de género dentro de los contratos adjudicados o bajo algún otro esquema). En este mismo sentido, son necesarias políticas proactivas que traduzcan los procesos de participación en medidas de nivelación, inclusión y acciones afirmativas⁶.

La DGCP, en los últimos 10 años, sin lugar a duda, ha implementado programas y políticas, así como acciones afirmativas para alcanzar la meta, lo que se evidencia en las siguientes medidas de políticas:

Listado exclusivo de proveedoras: el área nacional de compras elaboró una lista de todas las empresas proveedoras del Estado lideradas por mujeres.

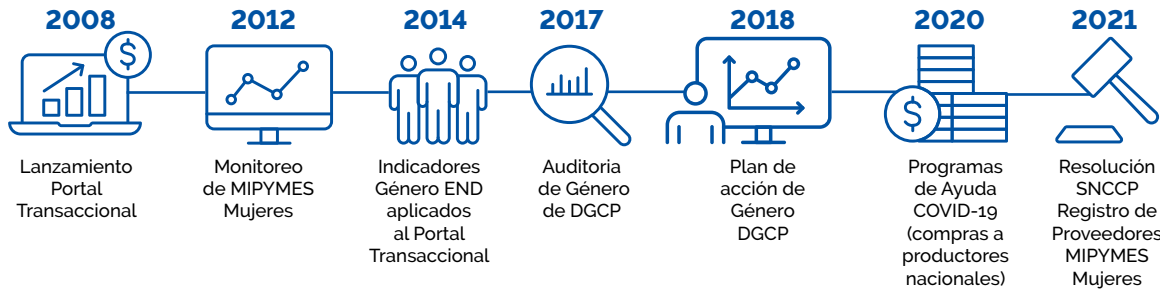
El registro fue compartido a las unidades de todo el país para que pudieran conocer sus productos y las invitaran a participar de los procesos.⁷

Creación de tableros con datos y estadísticas de género actualizadas: en la página de la Dirección General de Compras comenzaron a publicarse los datos sobre los montos y los contratos otorgados a empresas de mujeres. Esta información también fue acompañada por estadísticas generales del sistema.⁸

No obstante, lo anterior y aunque se registran avances importantes en el país, las mujeres siguen teniendo menos oportunidad en el mercado laboral y reciben menos ingresos que los hombres, aun siendo las mujeres la mayoría del estudiantado en las universidades (64.4%)⁹ y de las personas egresadas de estudios superiores.

No podemos dejar de mencionar que, adicionalmente, las mujeres tienen menos flexibilidad para manejar su tiempo debido a la carga que representa las labores de cuidado en el hogar que todavía no son compartidas de manera igualitaria con sus parejas y familias y tampoco son asumidas por el Estado. Mas aun, las mujeres son mucho más afectadas que los hombres por la pobreza y el desempleo y no se cuenta con suficiente información para monitorear todas las dimensiones de la desigualdad de género en el ámbito socioeconómico.

En fin, implementar la perspectiva de género en los procesos de compras del Estado es una de las herramientas que permite analizar cómo y porqué se construyen las desigualdades y como abordarlas.



4 Hernández Medina, Esther. Sistematización de Experiencias y Buenas Prácticas de la Dirección. Santo Domingo, DGCP, 2020, p. 8. Disponible en: https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/Informe_11_mayo_2020.pdf

5 Ibidem, p. 28

6 Ruiz, Ana Joaquina. Inclusión de mujeres en las contrataciones públicas: la experiencia latinoamericana, Hivos, La Haya, 2020, p. 9. Disponible en: <https://hivos.org/assets/2021/02/Inclusion-de-mujeres-en-las-contrataciones-publicas-1-1.pdf>

7 Colman, Romina. "Datos de calidad y un enfoque global: la estrategia de República Dominicana para aumentar la participación de las mujeres en las compras públicas" [en línea] en sitio web Open Contracting Parthnership, 11 de agosto de 2020. Disponible en <https://www.open-contracting.org/es/2020/08/11/datos-de-calidad-y-un-enfoque-global-la-estrategia-de-republica-dominicana/> [consultado el 4 de noviembre de 2022]

8 Ídem.

9 Sáinz González, Jorge y Barberá de la Torre, Rafael. Diagnostico de la Educación Superior de Iberoamerica. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), Madrid, 2019. Disponible en: <https://oei.int/oficinas/secretaria-general/publicaciones/diagnostico-de-la-educacion-superior-en-iberoamerica-2019>



MARCO NORMATIVO PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO

El marco normativo nacional en materia de igualdad y equidad de género, así como en materia de promoción de la participación de la mujer en las compras públicas, además de contar con una fuerte base constitucional, se han adherido a tratados internacionales en la materia. Esto ha permitido que esta temática sea parte de los planes y estrategias de desarrollo e incorporan este tema como parte del diálogo del gobierno.

La Constitución Política de la República Dominicana aborda dos derechos fundamentales esenciales al respecto: (i) el artículo 39, en el cual se señala que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato... y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género...”, y que, además, “se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género”, y (ii) el artículo 42, que expresa lo siguiente:

“Se condena la violencia intrafamiliar y de género en cualquiera de sus formas. El Estado garantizará mediante ley la adopción de medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

La Ley 340-06 fue parte del proceso de reforma del Estado iniciado en el país en la década de los '90. Asimismo, fue uno de los instrumentos utilizados para armonizar la normativa económica de la República Dominicana en el contexto de ingreso al Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA. La misma establece procedimientos especiales, instruye a crear el Registro de Proveedores del Estado (RPE), un sistema de sanciones, reclamos e impugnaciones, un procedimiento de investigación, la estandarización de procedimientos de selección, contenido y forma de los contratos, el establecimiento de las facultades y obligaciones de las entidades contratantes, el uso de la tecnología de la información (Portal Transaccional) y medidas para reducir las barreras de acceso como oferentes de las MiPymes incluyendo las de mujeres.¹⁰

La Ley No. 488-08 sobre el Régimen Regulatorio para el Desarrollo y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYME) también guarda real importancia sobre el tema de referencia en tanto que establece que los presupuestos dedicados a compras y contrataciones públicas por parte de las instituciones gubernamentales deben dedicarse un 20% debe ser destinado a las MIPYME y dentro de este 20%, se debe separar un 5% cuando estas empresas MIPYME sean conformadas por o estén lideradas por mujeres¹¹. Respecto de esta ley es importante analizar su aplicación y su impacto con miras a considerar su actualización en cuanto a medida de acción positiva y una posible cuota de paridad en las compras públicas.

Otro instrumento regulatorio importante desde la perspectiva de la planificación estatal es la Ley No. 1-12 de Estrategia Nacional de Desarrollo 2030. El artículo 12 de esta Ley aborda el enfoque de género como obligación del estado de adoptar políticas transversales estableciendo como meta que “todos los planes, programas, proyectos y políticas públicas deberán incorporar el enfoque de género en sus respectivos ámbitos de actuación a fin de identificar situaciones de discriminación entre hombres y mujeres y adoptar acciones para garantizar la igualdad y la equidad de género”.¹²

En el marco del presente estudio, es importante abordar también los decretos de apoyo al Sistema de Compras Públicas Inclusivas y Sostenibles, tales como: (i) El Decreto No. 543-12 Sobre el Reglamento de aplicación de la Ley 340-06 establece lineamientos para la participación de las MIPYMES, en tanto llama a la reserva del 20% en la formulación presupuestaria exclusivamente a las MIPYMES, resaltando que un 5% irá dirigido a proveedoras MIPYMES mujeres. (ii) el Decreto No. 164-13 del 10 de junio del 2013, que establece la regionalización de las compras públicas instruyendo a las instituciones públicas a realizar compras y contrataciones a las micro pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) que ofrecen bienes y servicios de origen, manufactura o producción nacional y a nivel territorial. El mismo también establece la auditoría al Registro de Proveedores del Estado y el marcador de género para identificar a las mujeres proveedoras; (iii)

10 Hernández Medina, Esther. PhD, MPP. Op. Cit., p. 15.

11 Ibidem, p. 29.

12 Artículo 12 de la Ley núm. 1-12, de Estrategia Nacional de Desarrollo 2030.



el Decreto No. 86-20, emitido en febrero del 2020, que insta a programas de ayuda a la pobreza, alimentación escolar, protección de mujeres, personas con discapacidades y adolescentes a la compra de productos agroindustriales e industriales de producción nacional.

Entendiendo que los marcos regulatorios no son estáticos y que los sistemas de compras evolucionan en la misma medida que los derechos de nueva generación, la DGCP ha presentado el **Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas**. Este proyecto de ley toma como punto de partida que contamos con una nueva Constitución que en su artículo 138 instituye los principios de la Administración Pública, estableciendo que, en su actuación, está sujeta a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

Respecto de la igualdad de género este proyecto contempla criterios especiales de evaluación de ofertas como elementos de valoración, tales como criterios de inclusión social y de la aplicación de planes que fomenten la igualdad de género para la ejecución de los contratos.



COMPRAS SOSTENIBLES Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son una parte integral de la agenda de desarrollo de las compras públicas inclusivas y sostenibles, como un medio para estimular patrones de consumo y producción para todos y todas. Los lineamientos de la ODS 5 han sido asumidos por el Estado Dominicano en tanto que ha trabajado el desarrollo de un mercado de compras públicas inclusivas y sostenibles en todo el territorio nacional a través de mecanismos que aseguren la participación equitativa de los sectores productivos minoritarios, especialmente de MIPYMES, mujeres y personas con discapacidad.

Los dos ODS mas relevantes al respecto son:

Objetivo 5 Igualdad de Género

- Busca poner fin a todas las formas de discriminación contra las mujeres y niñas.
- Como parte del compromiso el país crea las Unidades de Igualdad de Género en el Sector Público, en el entendido de que las mismas contribuirán al cumplimiento compromisos asumidos en la agenda

Objetivo 8 Promover el crecimiento económico sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente de todos.



LAS MUJERES EN EL SNCCP SITUACIÓN DE LAS MUJERES COMO PROVEEDORAS

Para el año 2022, el SNCCP reporta tener 9,834 proveedoras bajo el marcador de género femenino (proveedoras mujeres), de las cuales 7,486 se encuentran bajo el estatus de activas. Resulta interesante que el 65% de las proveedoras del estado son personas naturales versus el 33% que se enmarcan como personas jurídicas. En la misma medida, según el reporte estadístico de proveedores de la DGCP, dentro de las proveedoras jurídicas solo un 15% están clasificadas como MiPymes certificadas, mientras que el 24% se encuentran bajo la clasificación de empresa femeninas no acogidas a la ley 187-17. Este mismo reporte también indica que abundan más proveedoras registradas como microempresas respecto de las pequeñas, medianas y grandes empresas.

Los datos estadísticos también señalan otros datos situacionales, interesantes para el estudio de marras, en tanto que el total de proveedoras registradas y activas, desde el 2019 al 2022, solo 1786 han resultado adjudicatarias en procesos de compras públicas, siendo las MIPYMES certificadas las de mayor participación con un 39% de los procesos adjudicados. A estas le siguen las “empresas no acogidas a la ley 187-17” que participan con un 37% y las personas físicas con un 22%. En cuanto a la participación porcentual de los proveedores registrados por tipo de industria, las mujeres proveedoras se encuentran registrada en su mayoría en las industrias de asesorías, agropecuaria y alimentos/bebidas con una participación menor al 40% en relación con el resto de los proveedores.

PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PROCESOS

Por otro lado, la cantidad de ofertas recibidas de proveedoras mujeres, entre los años 2019-2022, ascienden a 153,073,00, las cuales corresponden a tanto a mujeres en calidad de proveedoras físicas y jurídicas denominadas como femeninas. En la misma medida las ofertas que corresponden a proveedoras son más prevalentes en las compras de menor cuantía, es decir compras menores y compras por debajo del umbral.

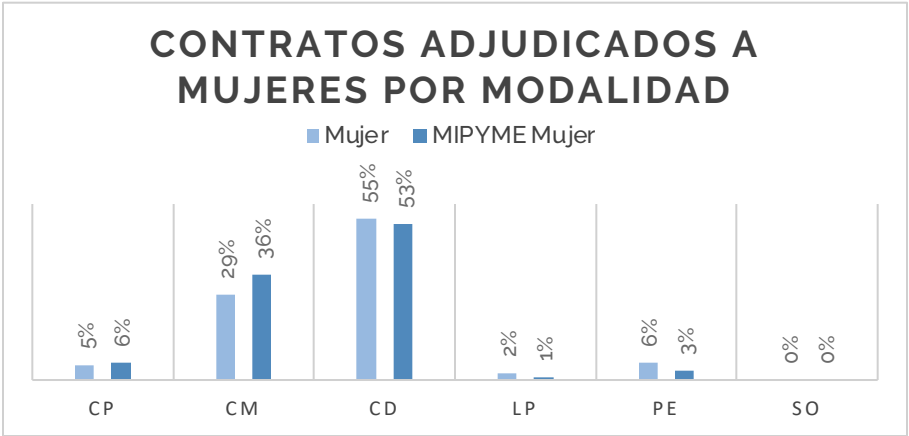
Para hacer un análisis de participación de personas físicas y jurídicas denominada de género femenino, es preciso abordar las estadísticas de los procesos de compra en base a la modalidad de compra en el SNCCP de manera general. Al momento de analizar los datos acerca de la distribución de los montos contratados por modalidad de compras, las licitaciones públicas y las comparaciones de precio representan un 70% de las sumas contratadas en el SNCCP y el restante 30% corresponden a los procesos de excepción con un 14%, las compras menores con un 9% y por último, las compras por debajo del umbral un 6%.

Este mismo set de datos refleja que, en que trata a las compras a proveedoras mujeres, el 50% de las adjudicaciones se enmarcan corresponden a compras por debajo del umbral, y un 25% de las adjudicaciones son respecto de procesos de compras menores. El restante 25% corresponde a procesos de excepción y comparaciones de precio. De ahí que, un 75% de las compras adjudicadas a proveedoras clasificadas como mujeres son compras menores y/o compras por debajo del umbral, es decir contrataciones menores a un millón de pesos, por lo su participación se ve limitada a apenas un 15% del valor total de las compras públicas de República Dominicana.

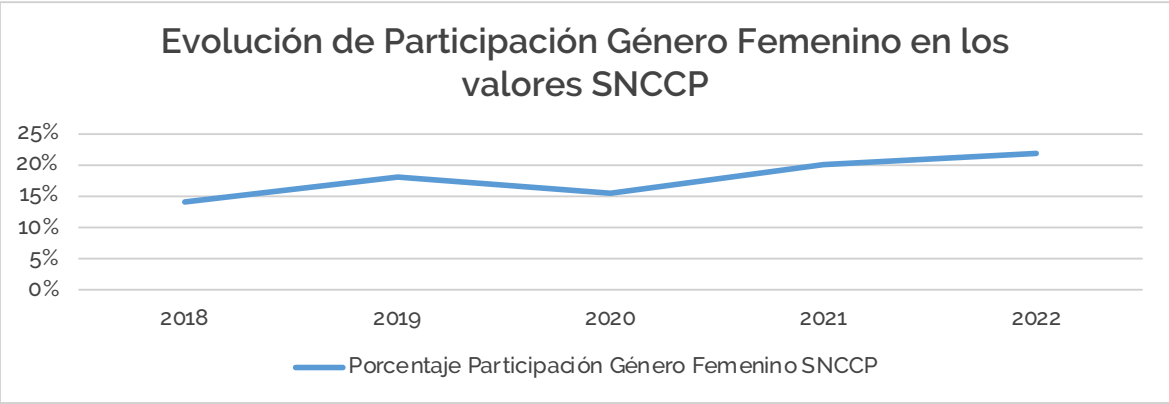
PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS MONTOS CONTRATADOS

El Reporte Estadístico de Contratos de la DGCP determina que, en el rango de tiempo abordado en este estudio, el Estado dominicano contrató un monto total de 463 mil millones de pesos, de los cuales 85 mil millones correspondieron a contrataciones bajo la modalidad de género femenino o proveedoras mujeres, para un total de 4,865 proveedoras adjudicadas y 68,603 contratos otorgados.

De lo anterior podemos colegir lo siguiente: a) las proveedoras físicas y jurídicas catalogadas como femeninas representan un 29.% del total de los procesos adjudicados en el SNCCP y; b) las proveedoras físicas y jurídicas catalogadas como femeninas participan de apenas un 18.5% de las sumas contratadas en las compras públicas en relación con los demás proveedores, es decir, empresa lideradas por hombres y/o personas físicas catalogadas como masculinas, los cuales son adjudicatarios de más del 80% de las contrataciones en el Estado Dominicano.



EVOLUCIÓN DE PARTICIPACIÓN FEMENINA EN LA COMPRAS PÚBLICAS				
Año	2018	2019	2020	2021
Porcentaje Participación Género Femenino en los valores del SNCCP	14%	18%	16%	20%



EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

No obstante, aun cuando existe una la limitada participación de las mujeres en las compras públicas, los datos también demuestran que ha habido un aumento de esta participación en el marco de los años 2018 al 2022, con una tasa de crecimiento acumulada de un 13%. De ahí que, la participación de las mujeres en las compras públicas muestra una tendencia de crecimiento sostenida, por lo que podríamos razonar que las medidas afirmativas utilizadas por el órgano rector en el curso de la pasada década han resultado en un impacto positivo.

Es preciso destacar en este punto los impactos del COVID-19 respecto de las MIPYMES las cuales vieron reducidos sus ingresos por el cierre de sus negocios durante este estado de emergencia. De acuerdo con el estudio “Mujeres y MIPYMES: Análisis de la Situación y Afectaciones por la Crisis de la COVID-19,” realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en promedio, las MIPYMES experimentaron una disminución del 97% de los ingresos netos, siendo las empresas de mujeres las más afectadas, con 14 puntos porcentuales por encima que las de los hombres. Esto queda reflejado con los datos estadísticos analizados respecto de las compras correspondientes al año 2020 donde la participación de las mujeres se redujo en un 2% respecto del año anterior e incremento un 4% en el 2021.

CUMPLIMIENTO DE CUOTA MIPYMES

La Ley No. 488-08 sobre el Régimen Regulatorio para el Desarrollo y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYME) establece que, de los presupuestos dedicados a compras y contrataciones públicas por parte de las instituciones gubernamentales, el 20% debe ser destinado a las MIPYME y dentro de este 20%, se debe separar un 5% cuando estas empresas MIPYME sean conformadas por o estén lideradas por mujeres.



Los reportes estadísticos que hace disponibles la DGCP, a través de sus datos abiertos, detallan sobre los contratos adjudicados y denotan que las unidades de compra de las distintas entidades gubernamentales dan fiel cumplimiento a esta ley, por lo que surge el cuestionamiento si esta cuota debe ser repensada como mecanismo de generar paridad en las compras.

El informe de McKinsey “El Poder de la Paridad: cómo el avance de la igualdad de las mujeres puede sumar \$12 billones al crecimiento mundial” contempla que “si todos los países llegaran a igualar el progreso hacia la paridad de género del mejor desempeño en su región, podría producir un impulso al PIB mundial anual de hasta \$12 billones para el 2025. Esto duplicaría el crecimiento del PIB aportado por mujeres trabajadoras en un escenario de “business-as-usual”.

DESAFÍOS EN EL SNCCP EN MATERIA DE GÉNERO

En el proceso de sistematización de los avances de SNCCP, la consultora Esther Hernández Medina¹³, en lo relativo a las debilidades del SNCCP, indica que en los cuestionarios hechos a las proveedoras, se refirieron a tres temas que consideran cruciales que limitan o restringen la participación de las mujeres en el sistema de compras públicas: (1) los retrasos recurrentes en los pagos; (2) la actitud condescendiente y las prácticas nocivas del personal de las unidades de compra; y (3) la manera en que ciertas unidades de compra manipulan el Portal Transaccional.

...El problema del pago cuando sin embargo hay que seguir pagando los ITBIS y los anticipos...¹⁴

...Muchos papeleos, muchas exigencias que es bueno, pero no responden en la misma medida para los pagos (Cuestionario Entrevistada Grupo Focal 2, 17 de diciembre de 2019).¹⁵

En los levantamientos de los cuestionarios a los grupos focales también resaltaron las proveedoras que las personas encargadas de las Unidades de Compras... “llega un momento en que se sienten tan dueñas de esa posición y se comportan como que te están haciendo un favor y te están dando un pedacito del pastel”¹⁶.

En cuanto al tercer desafío levantado en el cuestionario, las proveedoras destacan que las publicaciones del proceso “lo hacen con muy poco tiempo de antelación antes del tiempo”. En la misma medida solo publican en el portal transaccional de compras, más no publican en las páginas institucionales y las redes sociales.

BARRERAS AL ENFOQUE DE GÉNERO

En América Latina la mayoría de los negocios que pertenecen y son operados por mujeres son por lo general micro o pequeñas empresas. Pero a diferencia de sus homólogos masculinos, las

mujeres empresarias deben hacer frente a un conjunto de desafíos únicos y dispares, además de los que tienen que abordar a menudo las pequeñas empresas. Estos desafíos disuaden a algunas mujeres de emprender negocios y evitan que otras desarrollen los suyos. En otras palabras, estos desafíos contribuyen directamente a la brecha de género¹⁷. Promover el espíritu empresarial de las mujeres a través de las compras del Estado es una forma de cerrar --o al menos reducir-- la brecha de género. Por ello, los gobiernos cumplen un papel en lo que tiene que ver con alentar la participación de empresas lideradas por mujeres en la contratación pública.¹⁸

Las barreras que limitan y restringen de acceso y participación de las mujeres en las contrataciones públicas dominicanas, encuentran su origen diversos aspectos. Las barreras actitudinales representan unos de los desafíos que encuentran las mujeres proveedoras del estado en los procesos de compras públicas, en tanto que ellas mismas perciben que no tendrían éxito en ser adjudicadas, por lo que asumen menos retos en participar de los procesos de mayor cuantía. En ese mismo tenor podemos encontrar resistencia de parte de las unidades de compra de los órganos del estado al momento de perfilar las compras a empresas de mujeres más allá del cumplimiento del 5% destinado a MIPYMES MUJERES, esto debido a una percepción de no habrá cumplimiento de parte de estas.

Hay que resaltar también la relevancia de las barreras procesales y documentales propias de los requerimientos: Esto implica que los grandes procesos conllevan la presentación de documentación extensiva y hasta a veces redundante, lo que limita a las MIPYMES a participar en esto procesos.

OTRAS BARRERAS IMPORTANTES QUE ENCUENTRAN LAS PROVEEDORAS MUJERES:

Barreras Legales: Aunque existe normativa que impulsa la participación de las mujeres en las compras públicas, la legislación actual limita a las unidades de compras de incluir criterios de género en los procesos de evaluación de ofertas en las contrataciones públicas.

Barreras Financieras: El acceso a financiamiento de las MIPYMES es limitado y por tanto no pueden acceder a grandes volúmenes de compras y contratos.

Barreras de Acceso a Datos: El levantamiento y la sistematización de los datos relacionados a la participación de mujeres no son suficiente y no permiten realizar y medir el impacto de las políticas de inclusión en las compras públicas.

17 Guzmán Santos, Yokasta, et al. Compras Públicas con Perspectiva de Género Avances y Desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post COVID-19. ONU Mujeres, 2022, pp. 3-6. Disponible en: <https://lac.unwomen.org/es/digital-library/publications/2022/05/compras-publicas-con-perspectiva-de-genero-avances-y-desafios-en-america-latina-para-dinamizar-a-las-empresas-lideradas-por-mujeres>

18 Pierri, Gastón; Jarquin, María José y De Michele, Roberto. Transparencia y género: el impacto de las compras electrónicas en el acceso a licitaciones públicas de las PyME lideradas por mujeres, Documento para Discusión No. IDB-DP-00910, BID, diciembre 2021. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/transparencia-y-genero-el-impacto-de-las-compras-electronicas-en-el-acceso-licitaciones-publicas-de>

Ana Joaquina Ruiz, sobre la contratación abierta en Colombia, expresa:

Por ejemplo, en la plataforma de contrataciones abiertas de Colombia, es posible acceder a la siguiente información: (i) si la solicitud de compra fue realizada por una mujer, (ii) si es una proveedora la que ha aplicado al proceso de licitación y (iii) si fue adjudicada. Sin embargo, no podemos saber si dicha proveedora es la titular de la empresa, la socia mayoritaria o simplemente la encargada de llevar los procesos de compra. Esto significa que conocemos la cantidad de mujeres que participan de los procedimientos, pero no cuáles son los efectos en su bienestar¹⁹.

Por su lado, la DGCP, en su proceso de sistematización, también concluye que es la percepción de las proveedoras que aun cuando existe un profundo proceso de cambio, las compras inclusivas y sostenibles todavía generan resistencia en algunos segmentos del sector público.

LAS COMPRAS COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN

Las compras públicas guardan una incidencia directa en los procesos de inclusión social. Ana Joaquina Ruiz señala lo siguiente:

Incluir e incrementar la participación de las mujeres en los procesos de adquisiciones públicas permite mejorar su autonomía económica y fortalece las empresas de mujeres. Ello podría repercutir en la generación de empleos, la reducción de sus niveles de informalidad, la diversificación de su actividad económica y, además, visibilizarían las dificultades que suelen tener las empresas de mujeres (empatar labores de cuidado y trabajo no remunerado, por ejemplo)²⁰.

Aun cuando existen barreras que limitan o restringen la participación de las mujeres y las empresas lideradas por estas en los procesos de adquisición del Estado, no es menos cierto que existen buenas prácticas para mitigar estas limitaciones. En ese sentido, y en consonancia con las recomendaciones recogidas en los diversos documentos consultados para el presente trabajo, hacemos las siguientes recomendaciones.

•Recomendaciones a las Mujeres Proveedoras

•Certificación MIPYMES MUJERES: Las certificaciones facilitan el acceso a los diferentes mercados de bienes y servicios, tanto nacionales como internacionales, entre otros beneficios financieros.

•Recomendaciones a las Unidades de Compras del Estado

Publicación accesible de los procesos de compras públicas. Esto implica páginas webs institucionales más amigables, así como expandir las publicaciones las redes sociales de la institución.

•Usar lenguaje inclusivo y no sexista: Usar lenguaje incluyente tienen un efecto positivo en las mujeres que se quieren incorporar al sistema de compras públicas.

Racionalizar el proceso de solicitud. La institución también debe asegurarse de que las especificaciones técnicas en los pliegos sean razonables, en ese sentido debe simplificar, aclarar y estandarizar el procedimiento de contratación y la documentación requerida.

Racionalizar el proceso de contratación. En la contratación la institución debe poner atención a las cláusulas que resultan demasiado complejas y burocráticas. En igual medida puede limitar el tamaño de los contratos.

Establecer criterios de adjudicación inclusivos. La unidad de compra puede utilizar criterios de adjudicación bajo el principio de la contratación pública estratégica y de los criterios de inclusión y sostenibilidad que representan acciones afirmativas de conformidad con la Constitución Dominicana.

Cláusulas referidas a la contratación de mujeres o a las beneficiarias o usuarias del contrato. Las instituciones pueden contemplar en sus contratos cláusulas referidas a la integración de la perspectiva de Género en el proyecto que se contrata.

Retroalimentación a los proveedores no seleccionados. Es importante facilitar información a los oferentes, especialmente las mujeres oferentes, acerca de los procesos de compra en los cuales no han resultado adjudicatarias

Pagar puntualmente. Los retrasos en los pagos pueden tener un efecto devastador para las pequeñas empresas propiedad de mujeres.

Promoción dirigida: Por ejemplo, para combatir las barreras actitudinales, dentro de las medidas tomadas por Chile para consolidar la oferta de empresas propiedad de mujeres, se diseñó y difundió una campaña dirigida a promover a la mujer empresaria denominada “#SiNosotrasGanamosGanaChile”, a través de la cual se difundían casos de éxito de proveedoras del Estado.

Recomendaciones Legislativas

Los legisladores, así como el órgano rector, deben de actualizar la legislación nacional en materia de compras públicas bajo un esquema más moderno que contrarreste las prácticas discriminatorias existentes y fortalezcan la sostenibilidad.

19 Ruiz, Ana Joaquina, Op. Cit., p. 13.

20 Ibidem, p. 32.

BIBLIOGRAFÍA

Colman, Romina. "Datos de calidad y un enfoque global: la estrategia de República Dominicana para aumentar la participación de las mujeres en las compras públicas" [en línea] en sitio web Open Contracting Partnership, 11 de agosto de 2020. Disponible en <https://www.open-contracting.org/es/2020/08/11/datos-de-calidad-y-un-enfoque-global-la-estrategia-de-republica-dominicana/>

Corbalán, María Silvia y Pérez Scalzi, Alejandra. Transversalizar el Género en Proyectos. ALTEC Alianza Latinoamericana para la Tecnología Cívica, 2019. Disponible en: <https://redinfor.com.pe/portal/2019/10/21/guia-practica-para-transversalizar-el-genero-en-proyectos-altec-2019/>

Crespo, Raissa, et al. Mujeres y MiPymes: Análisis de la situación y afectaciones por la crisis de la COVID-19, Santo Domingo, PNUD, 2020. Disponible en: <https://www.undp.org/es/dominican-republic/publications/mujeres-y-mipymes-analisis-de-la-situacion-y-afectaciones-por-la-tesis-de-covid-19>

Datos de calidad y un enfoque global: la estrategia de República Dominicana para aumentar la participación de las mujeres en las compras públicas" [en línea], en sitio web Open Contracting Partnership, 11 de agosto de 2020. Disponible en <https://www.open-contracting.org/es/2020/08/11/datos-de-calidad-y-un-enfoque-global-la-estrategia-de-republica-dominicana/>

Dirección General de Compras Públicas, Sistema Integral de Monitoreo y Análisis de Datos, [en línea], en sitio web <https://datosabiertos.dgcp.gob.do/opendata/visualizaciones>

Guía para la Incorporación de la Perspectiva de Género en los Contratos Públicos. Dirección General de Contratación Pública de la Generalidad de Cataluña, España. Disponible en: https://contractacio.gencat.cat/web/.content/principis/contractacio-estrategica/social/guia_genere/guia-igualtat-genere-castellano.pdf

Guía Transversalización de género en proyectos de desarrollo. PNUD México, 2006. Disponible en: https://dhls.hegoa.ehu.eus/uploads/resources/4604/resource_files/guia_transversalizacion_de_genero.pdf

Guzmán Santos, Yokasta, et al. Compras Públicas con Perspectiva de Género Avances y Desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post COVID-19. ONU Mujeres, 2022. Disponible en: <https://lac.unwomen.org/es/digital-library/publications/2022/05/compras-publicas-con-perspectiva-de-genero-avances-y-desafios-en-america-latina-para-dinamizar-a-las-empresas-lideradas-por-mujeres>

Harper, Leslie Elizabeth y Orjuela E., Jasbleidy. Toolkit: Promoción de la mujer en las compras públicas. Banco de Desarrollo Industrial, 2018. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/toolkit-promocion-de-la-mujer-en-las-compras-publicas>

Hernández Medina, Esther. Sistematización de Experiencias y Buenas Prácticas de la Dirección. Santo Domingo, DGCP, 2020. Disponible en: https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/Informe_11_mayo_2020.pdf

Informe: El impacto del COVID-19 en América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, 2020. Disponible en: <https://unsdg.un.org/resources/policy-brief-impact-covid-19-latin-america-and-caribbean> Pierri, Gastón; Jarquín, María José y De Michele, Roberto. Transparencia y género: el impacto de las compras electrónicas en el acceso a licitaciones públicas de las PyME lideradas por mujeres,

Documento para Discusión No. IDB-DP-00910, BID, diciembre 2021. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/transparencia-y-genero-el-impacto-de-las-compras-electronicas-en-el-acceso-licitaciones-publicas-de>

Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas. Disponible en: <https://consultaspublicas.dgcp.gob.do/propuestas/proyecto-de-ley-para-modificacion-de-compras-y-contrataciones/> Ruiz, Ana Joaquina. Inclusión de mujeres en las contrataciones públicas: la experiencia latinoamericana, Hivos, La Haya, 2020. Disponible en: <https://hivos.org/assets/2021/02/Inclusion-de-mujeres-en-las-contrataciones-publicas-1-1.pdf>

Sáinz González, Jorge y Barberá de la Torre, Rafael. Diagnostico de la Educación Superior de Iberoamerica. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), Madrid, 2019. Disponible en: <https://oei.int/oficinas/secretaria-general/publicaciones/diagnostico-de-la-educacion-superior-en-iberoamerica-2019>

LA CERTIFICACIÓN MIPYMES MUJER Y SUS BENEFICIOS EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS



POR UN GOBIERNO MÁS **SOSTENIBLE**



COMPRASVERDES.GOB.DO

Conoce más



COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES COMO PARADIGMA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Por: Thiago Marrero Peralta¹

Resumen

Con la Constitución de 2010 se proclamó el Estado social y democrático de derecho, que tiene por función esencial la protección efectiva de los derechos de las personas en un marco de libertad individual y justicia social, lo cual impactó el paradigma de la función de la Administración Pública que pasó a tener a las personas en el centro de sus actividades. Esto se traslada al ámbito de contrataciones públicas en tanto que ya estas no pueden ser programas de simple abastecimiento y adquisición de servicios, sino que deben tener propósitos y servir al cumplimiento de los objetivos de desarrollo. Las compras públicas sostenibles son la herramienta para lograr esto en tanto que permiten ampliar la base proveedores y maximizar el valor del dinero al obtener mayores beneficios sociales producto de promover la inclusión social. Estas son el paradigma del Estado social y democrático de derecho por lo que su práctica debe expandirse y profundizarse para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible que el país asumió en su Estrategia Nacional de Desarrollo.

Palabras claves: Contrataciones públicas, compras sostenibles, estado social, igualdad, inclusión.



Abstract

With the Constitution of 2010, the Democratic Welfare State was proclaimed, whose essential function is the effective protection of people's rights within a framework of individual freedom and social justice, which impacted the paradigm of the function of the Public Administration that happened to have people at the center of its activities. This is transferred to the field of public procurement since these can no longer be programs of simple supply and acquisition of services but must have purposes and serve the fulfillment of development objectives. Sustainable public procurement is the tool to achieve this as it allows to expand the supplier base and maximize the value of money by obtaining greater social benefits from promoting social inclusion. These are the paradigm of the social and democratic State of law, so its practice must be expanded and deepened to achieve the sustainable development goals that the country assumed in its National Development Strategy.

Keywords: Public procurement, sustainable procurement, Welfare, equality, inclusion.

¹ Graduado de la licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en 2011 con honor Magna Cum Laude. En el año 2013 finalizó el Máster Oficial en Derecho Empresarial en la Universidad Antonio Nebrija, Madrid, y luego en 2014 culminó el Máster Oficial en Derecho Público, con especialidad en Derecho Administrativo, en la Universidad Complutense de Madrid (UCM).



INTROITO

A partir de las olas de modernización y reformas del Estado, una vez suscrito y ratificado el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y Estados Unidos (DR-CAFTA), en el 2006 aprobamos la actual legislación que regular y rige el sistema de compras públicas, la ley núm. 340-06. Esta ley finalmente instauró un proceso de compras y contrataciones de bienes con el Estado, con el rigor propio y mínimo que se necesita para garantizar que la contratación no sea a dedos y con ello fomentar la competencia en un marco de transparencia y mayor garantía jurídica.

Como claramente señala el maestro Olivo Rodríguez Huertas²:

La nueva ley de contrataciones públicas precisa un conjunto de principios aplicables a todo el régimen jurídico que consagra, como son los de eficiencia, igualdad y libre competencia, transparencia y publicidad, economía y flexibilidad, equidad, responsabilidad, moralidad y

2 Rodríguez Huertas, Olivo, "Derecho Administrativo Dominicano y Principios Generales". En Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Vol. 8, núm. 16, pp. 105-122. Disponible en: <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/752> (Consultado el 29 de octubre 2022)

buena fe, reciprocidad, participación y razonabilidad... (y) somete a un mismo régimen de derecho público toda la contratación en que intervengan los entes públicos⁸⁹, con lo que se transforma el concepto tradicional de contratos administrativos por el de contratos de la administración, siendo estos enjuiciables por ante la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo que las partes hayan previsto, como mecanismo de solución de controversia, el arbitraje.

Precisamente, y no para menos, con la ley núm. 340-06 se inició una importante reforma en el seno de la Administración Pública de cara a aumentar los niveles de participación de las personas en los procesos de compras y contrataciones, y con ello a dar los pasos necesarios para la institucionalización del sistema de compras públicas.

Este proceso de reforma en la Administración y la puesta en marcha de un sistema de compras significó no solo el cumplimiento de los compromisos estatales para la implementación del DR-CAFTA, sino que en términos económicos dio inicio a una política de integración de micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) en los negocios con el Estado y con esto un ciclo virtuoso de emprendimientos e innovación de estas, lo cual fue producto en alguna medida por la posterior promulgación de la ley núm. 488-08, que establece el Régimen Regulatorio para el Desarrollo y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES) y cuyo artículo 25 prevé un mandato de adquirir bienes y servicios de las MIPYMES.

En efecto, la ley núm. 340-06 trajo cambios importantes en las relaciones de la Administración frente las personas respecto de su acceso a los negocios con ésta, sino que ha servido para fomentar una política de integración e inclusión de MYPIMES para fortalecer y garantizar un necesario dinamismo económico que redunde en una mejor distribución de las riquezas y contribuyendo al desarrollo de la producción nacional.

El sistema de compras públicas instaurado a partir de 2006 ha contribuido a aumentar los niveles de transparencia de la Administración Pública y, por supuesto, a que la ciudadanía procure una mejor fiscalización de los recursos públicos para garantizar que estos sean invertidos en los bienes, servicios y obras que garanticen el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, en estos momentos a nadie le cabe la menor duda de que el régimen actual de la ley núm. 340-06 está agotado, su ejecución se ha llevado a quizá su máximo potencial y presenta problemas serios que necesitamos enmendar para promover mayor competencia, garantizar más participación de oferentes y que tenga una misión clara de política de desarrollo económico.

Este agotamiento viene de la mano con la proclamación del Estado Social y Democrático de Derecho en la Constitución de 2010 y la posterior aprobación de leyes que han cambiado la fisonomía institucional de la Administración Pública, tales como la ley núm. 247-12, orgánica de Administración Pública, y la ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en su relación con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo.

La ley núm. 340-06 se promulgó en el marco de la Constitución de 2002 y de una visión política distinta a la inaugurada con la Carta Magna de 2010, y por ello, esta ley, aun siendo trascendental para nuestro ordenamiento, fue concebida para cumplir con el DR-CAFTA, tener un marco legislativo de compras públicas aceptable y con ello un procedimiento formalista para

la distribución de recursos públicos, no así como parte de una política pública tendente a servir como una herramienta de concreción y garantías de derechos fundamentales.

Con la Constitución de 2010 y la proclamación del Estado Social y Democrático de Derecho, se asume como obligación esencial del Estado:

La protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas³.

Lo anterior implica un cambio conceptual respecto de los fines de la Administración Pública en tanto que el ejercicio de la función administrativa debe ser dirigido para el cumplimiento de esta obligación esencial y por tanto, hacia la garantía de los derechos fundamentales de las personas.

Esto impacta el quehacer de las contrataciones públicas ya que pasan de ser un instrumento procedimental para fomentar la transparencia y participación en el manejo de los recursos públicos, a ser una verdadera herramienta de protección y garantía de los derechos fundamentales en tanto que por medio de estas es posible incentiva la concreción de políticas de igualdad e inclusión conforme al mandato del Estado Social y Democrático de Derecho, al tiempo de procurar la sostenibilidad medioambiental y económica.

En las próximas secciones de este artículo vamos a repasar el alcance de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho a partir de la Constitución de 2010 y su impacto en la actividad administrativa, especialmente

en el ámbito de las contrataciones públicas. Luego veremos el concepto y la función de las compras públicas sostenibles como la visión que debe asumir la Administración en virtud del nuevo paradigma estatal y para el cumplimiento de su función esencial para procurar deshacer barreras de desigualdades, proteger el medio ambiente y promover una economía sólida y sostenible. Y finalmente abordaremos la necesidad de su expansión para acelerar el desarrollo y fomentar la igualdad.

I. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN SU RELACIÓN CON LAS COMPRAS PÚBLICAS.

El artículo 7 de la Constitución señala que:

La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Con este artículo se inaugura en nuestro ordenamiento jurídico la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que necesariamente debe leerse con la clave de la función esencial del Estado conforme al artículo 8 de la Carta Magna y que en palabras del maestro Eduardo Jorge Prats supone que⁴:

La fórmula del “Estado Social y Democrático de Derecho” indica que el Estado no sólo está basado en el respeto de los derechos fundamentales y la separación e independencia de los poderes (Estado de Derecho) ni en la soberanía popular (Estado Democrático) sino que también

es un Estado que procura el respeto a la dignidad humana, que solo puede lograrse allí donde se remueven los obstáculos a la plena igualdad de todos los dominicanos, lo cual implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales (Estado Social).

Al Constituyente proclamar la cláusula del Estado social y democrático de derecho supone un reconocimiento expreso de la existencia de desigualdades arraigadas en la sociedad y, por tanto, su misión de eliminar las causas que la provocan para garantizar una vida digna a las personas. Tal como señala Rafael Gómez-Ferrer⁵:

El Estado social y democrático de derecho evidencia un compromiso entre la libertad y la igualdad. La libertad en un mundo económico conduce a la desigualdad y precisamente el compromiso entre esta libertad y la igualdad se instrumenta por medio de los derechos y de los principios rectores de la política social y económica, tal y como los reconoce o establece la Constitución.

Por esto ya ha dicho el Tribunal Constitucional del Perú⁶:

El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones

existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones

De ahí que parte de la importancia de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho radica en que el reconocimiento de las desigualdades y de los problemas estructurales en la sociedad deben ser remediados mediante el compromiso estatal de hacer efectivos los derechos enarbolados en la Constitución. Esto implica un cambio profundo en la visión de Estado y por supuesto en el quehacer administrativo, como más adelante veremos.

La igualdad es, por tanto, uno de los ejes centrales del Estado Social y Democrático de Derecho por ser consustancial al derecho a la dignidad humana que protege celosamente nuestra constitución. Pero la igualdad formal y legal es insuficiente para satisfacer los mandatos de los artículos 7 y 8 de la Constitución en tanto que como afirma el profesor Eduardo Jorge Prats⁷:

La igualdad proclamada por la Constitución y crucial para la estructuración democrática del Estado, sería vana ilusión si el Estado, a fin de garantizar la igualdad de derechos de todos, no procura una igualdad material de las personas que permita el goce efectivo de sus derechos, sin discriminación, sin exclusión, sin pobreza ni marginalidad. Por eso, no basta con el Estado sea democrático y sea de Derecho, sino que precisa también de un Estado social.

El constitucionalista Eric Rafal al repasar los artículos 7 y 8 de la Constitución, que proclaman

3 Art. 8, Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015.

4 Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS) et al, Constitución Comentada, Santo Domingo, 2012, p. 65.

5 Gómez-Ferrer Morant, Rafael. La Unión Europea y el Estado Social en Revista de Administración Pública, núm. 200, mayo-agosto, 2016, Madrid, p. 63-81

6 Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del 11 de noviembre de 2003, exp. Núm. 0008-2003-AIT/TC, §11

7 Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional, Vol. I, IusNovum, Santo Domingo, 2010, p. 546



de Derecho, del Estado de Derecho de naturaleza liberal. Esta descripción de la función estatal es parte integrante del paradigma del Estado Constitucional pues ya no estamos frente a un mero reconocimiento de derechos, sino que a partir de esta construcción, en vez de limitarse a garantizar a los individuos el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, se produce una transformación en la naturaleza del Estado, el cual pasa a ser un ente activo en procura de dichos derechos, mitigando la pobreza y promoviendo la dignidad de la persona humana⁸.

Con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho se refuerza el carácter prestacional del Estado; pero al mismo tiempo, se promueve la intervención estatal por medio de políticas públicas tendentes a la garantía y el respeto de la dignidad humana y con ello la protección y el ejercicio efectivo de los derechos.

El tener como misión estatal el respeto a la dignidad humana y la eliminación de las barreras jurídicas y sociales que impidan el pleno ejercicio de los derechos, impacta el quehacer de la Administración Pública tal como nos explica muy certeramente el profesor Roberto Medina Reyes⁹:

El reconocimiento de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho

genera tres reformas importantes que deben ser cuidadosamente analizadas: por un lado, (a) produce la transformación de la relación existente entre el Estado y la sociedad, pues las personas dejan de ser meros súbditos de los órganos administrativos y, en consecuencia, asumen una posición central en el análisis y evaluación de las políticas públicas; por otro lado, (b) genera la socialización del ordenamiento constitucional a través de la protección de un mínimo de procura existencial orientado a garantizar una vida digna y el desarrollo de las personas en un marco de justicia social lo que (b.1) impone la obligación estatal de brindar un conjunto de prestaciones positivas que son imprescindibles para que los ciudadanos desplieguen su personalidad y, además, (b.2.) provoca la transformación del sistema económico asumido por el Estado por un modelo de economía social de mercado caracterizado por la regulación estatal de los mercados, y por último, (c) produce, en los Estados federales, la evolución de un federalismo clásico (dual federalism), el cual implica una rígida separación vertical de poderes, a un federalismo cooperativo (new federalism), que trata de superar la técnica de la separación formal y absoluta de competencias y, en consecuencia, propugna por una mayor interdependencia entre cada uno de los niveles de gobierno que compone el Estado federal.

En efecto, la cláusula del Estado social y democrático de derecho trae consigo la transformación de la actividad de la Administración, la cual ya no se fundamenta exclusivamente en la idea de prerrogativas exorbitantes, control y supervisión para la consecución de un interés general indefinido

y abstracto; sino que a partir de ésta sus actuaciones deben ir dirigidas a la garantía y protección efectiva de los derechos fundamentales para que las personas puedan desarrollarse "de forma igualitaria, equitativa y progresiva dentro de un marco libertad individual y justicia social".

Por ello, la Administración Pública a partir de la Constitución de 2010 pasa tener en el centro de sus políticas y actuaciones a las personas y sus derechos. Se trata de una administración al servicio de éstas y sus prerrogativas van orientadas a estos objetivos constitucionales claramente encomendados por el Constituyente.

El Tribunal Constitucional ya ha abordado este nuevo rol activo que debe asumir la Administración en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁰:

Para hablar de desarrollo humano, justicia social, equidad, igualdad de oportunidades y solidaridad, no basta con que el texto supremo consagre su interés de alcanzar esa zona de bienestar y dignidad, ni que establezca las pautas a seguir para lograrlo. Es necesario, más aún, que los mecanismos creados por el constituyente y el legislador sean realmente efectivos, logren realizar los principios sobre los cuales se fundan, tales como los de eficacia, de razonabilidad y de celeridad, todos los cuales quedan vulnerados y, con ellos, la integridad de algunos derechos fundamentales, cuando, como en la especie, la administración no ha sido lo suficientemente proactiva y sensible para atender los reclamos de un trabajador que, para las condiciones propias de su existencia particular, conforman y definen prácticamente su vida.

10 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia TC/0203/13 del 13 de noviembre de 2013, párrafo ii.

8 Raful Pérez, Eric. "La cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho". En Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional: liber amicorum – Juan Manuel Pellerano Gómez, Coord. Eduardo Jorge Prats y Manuel Valerio Jiminián, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, Santo Domingo, 2014, p.38

9 Medina Reyes, Roberto. La Administración del Estado Social y Democrático de Derecho, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2020, p. 3-4

Lo más rescatable de esta motivación del Tribunal Constitucional es que reconoce que el texto constitucional no es aspiracional y, por tanto, la concreción de sus misiones y mandatos por parte de la Administración Pública requiere que ésta sea "lo suficientemente proactiva" para garantizar los derechos fundamentales. De modo que la Administración Pública en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho justifica su existencia en su misión de proteger, garantizar y fomentar los derechos fundamentales de las personas, quienes son su el centro de su actividad.

Es por esto por lo que apunta el catedrático Jaime Rodríguez-Arana¹¹:

En efecto, colocando en el centro del Derecho Administrativo los valores del Estado social y democrático de Derecho que pivotan sobre la capitalidad del ser humano, el destino del Derecho Administrativo hacia la libertad solidaria es, además de una tendencia irrenunciable, una exigencia ciudadana que debe tener consecuencias jurídicas concretas en relación, por ejemplo, con la calidad, universalidad y asequibilidad de los bienes y servicios de responsabilidad pública. El poder público, desde la capitalidad del interés general, se dirige, pues, a promover las libertades de los ciudadanos en cuanto miembros de la comunidad y, remover los obstáculos que impidan su realización efectiva.

Lógicamente este cambio de paradigma, esta necesaria proactividad de la Administración, este deber de promover las libertades y hacer efectivos los derechos de las personas, removiendo los obstáculos que pudieren haber, debe reflejarse y replicarse en el sistema de compras públicas, entendidas estas como parte de las herramientas de la Administración Pública para incentivar dinámicas sociales

virtuosas que garanticen derechos desde el ámbito privado.

Y si bien aún la ley núm. 340-06 no ha sido derogada por otra que se nutra de las experiencias y se armonice con los principios, reglas y valores del Estado social y democrático de derecho inaugurado con la Constitución de 2010, no menos cierto es que en ocasión del mandato del artículo 241 de esta el Congreso Nacional, luego del esfuerzo conjunto de la sociedad, aprobó la ley núm. 1-12, Orgánica de Estrategia Nacional de Desarrollo, la cual da pie a repensar las compras públicas como una técnica de protección, garantía y el ejercicio pleno de los derechos.

La ley núm. 1-12 es el instrumento de planificación y desarrollo que, al margen de los vaivenes políticos propios de la sociedad democrática, contiene el marco general de actuación de la Administración Pública, es decir, con esta ley se indican los objetivos generales y específicos de la Administración para concretizar la visión del Constituyente sobre un Estado en el que nadie quede atrás y se garanticen los derechos y las oportunidades a todas las personas.

Este marco legal de visión de Estado a mediano y largo plazo, donde se reconocen los problemas estructurales de la República y se trazan las líneas generales para un desarrollo económico en el marco de los valores constitucionales, es precisamente el instrumento que procura que la transición hacia una economía sostenible, que genere bienestar, promueva las libertades ciudadanas y el desarrollo de las personas en un marco de justicia social.

En efecto, la ley núm. 1-12 en el Eje Tercero apunta a una economía sostenible de alto crecimiento, competitiva, innovadora y de

trabajo digno, lo cual se explica en vista de los esfuerzos de desarrollo deben dirigirse al aprovechamiento eficiente de los recursos para crear una estructura económica diversificada, plural e integrada al ámbito global.

Mientras que el Eje Cuarto de la ley núm. 1-12 dispone la responsabilidad ambiental en la estructuración de la economía sostenible pues el cuidado del medio ambiente y la gestión efectiva de los riesgos, son indisolubles de la transición económica que el país se propone de acuerdo con esta ley.

Justamente en ocasión de la visión y misión la transición a una economía sostenible, solidaria y ambientalmente responsable que viene como concreción de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, las compras públicas juegan un rol vital en el logro de estos objetivos.

En ese sentido, la proactividad de la Administración para la consecución de los objetivos del Estado social y democrático de derecho en materia de compras pública se traduce en compras públicas sostenibles que necesariamente deben ser el producto de una planificación administrativa que tenga propósitos concretos a desarrollar.

La planificación forma parte de las técnicas de intervención de la Administración en la economía, que toma mucha relevancia en ocasión de la necesaria proactividad que le exige nuestra Carta Magna y que al mismo tiempo resulta ser una técnica crucial para superar los retos actuales entorno a fomentar una economía sostenible, incentivar cambios organizativos en el sector privado, garantizar el ejercicio de los derechos y sobre todo, como señala Ricardo Rivero Ortega porque "en general, muchas respuestas eficaces para la protección del entorno exigen volver a la planificación, como veremos seguramente en el futuro cuando se asuman hasta sus últimas

consecuencias los desafíos planteados por el cambio climático¹²".

El artículo 38 de la ley núm. 340-06 establece la obligación, de las entidades públicas sujetas a esta norma, de elaborar planes anuales de compras, los cuales son los instrumentos mediante los cuales se puede viabilizar la concreción de metas puntuales de caras a garantizar derechos y a incentivar cambios organizativos y de desarrollo en el sector privado.

Claro que las entidades públicas son autónomas entorno a la elaboración de los planes anuales compra y por ello, es responsabilidad del órgano rector y del Gobierno de la República en observancia de la ley núm. 1-12, establecer los objetivos específicos que pretenden lograr con las compras públicas, metas que no deben limitarse a los frutos económicos cuyo cumplimiento puedan propiciar, sino también que se vinculen garantizar la igualdad de oportunidades y promuevan dinámicas organizacionales que generen un valor agregado concretizando la igualdad material que persigue el Estado social y democrático de derecho.

Por ello, y como veremos a continuación, las compras públicas sostenibles son ese instrumento mandatorio del Estado social y democrático de derecho que sirven para el cumplimiento de la función esencial del Estado.

11 Rodríguez-Arana, Jaime. Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar, Iustel, Madrid, 2012, p. 70

12 Rivero Ortega, Ricardo. Derecho Administrativo Económico, Marcial Pons, Madrid, 2009, 184

II. LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES COMO POLÍTICA DE CONTRATACIÓN

Tradicionalmente las compras públicas se han visto como instrumentos para la motorización de la economía por medio de obras y servicios, así como también la forma más eficaz de la Administración abastecerse de los bienes que necesita para el cumplimiento de sus funciones. En gran medida esta sigue siendo la visión generalizada de las contrataciones públicas; pero el problema de esto radica en que no se utilizan como verdaderos instrumentos de políticas públicas para acelerar el desarrollo económico y social.

Es importante destacar que cuando nos referimos a compras públicas sostenibles no las estamos limitando a los instrumentos de contratación pública para fomentar la responsabilidad ambiental de los contratistas; sino que esto abarca un fuerte apoyo al desarrollo de las MIPYMES y a grupos históricamente vulnerabilizados.

En países como República Dominicana donde el Estado es el mayor comprador, es decir, el agente principal de la economía para el sostenimiento de la cadena de producción y distribución de las empresas, las compras públicas tienen que hacerse para el fomento y el alcance de los objetivos de desarrollo establecidos en la Constitución y en la ley núm. 1-12.

Lo anterior tomando en consideración de que el 97% de las empresas dominicanas son MIPYMES y de esas el 92% son microempresas¹³, es decir, que la estructura económica del país se basa en una economía de empresas familiares que necesitan de un mercado tanto público como privado que permita impulsar su desarrollo, su capacidad de innovación y su fortalecimiento

13 Ortiz, Marina et al, Micro, Pequeñas y Medianas Empresas en la República Dominicana, FONDOMICRO, Santo Domingo, 2014, pag.18. Disponible en: <https://fondomicro.org/libro/micro-pequenas-y-medianas-empresas-en-la-republica-dominicana-2013/> (consultado el 15 de noviembre de 2022)



para enfrentar los desafíos económicos y medioambientales en la que actualmente estamos inmersos.

En ese sentido, es evidente que las MIPYMES son de vital importancia y son los sujetos principales de las políticas de compras sostenibles pues es con estas que las compras públicas pueden propiciar los cambios organizativos y las innovaciones necesarias para fomentar la igualdad material de las personas y el ejercicio pleno de sus derechos.

De ahí que las compras públicas sostenibles asumen un nuevo protagonismo en tanto que son la manifestación expresa de una modalidad de contratación que se alinea a los principios, valores y objetivos del Estado social y democrático de Derecho. Esto es así pues con la técnica de las compras públicas sostenible se pasa a realizar una dinámica de contrataciones públicas estratégicas, es decir, compras con propósitos de desarrollo y ejercicio efectivo de los derechos.

Las compras públicas sostenibles pudieran definirse como una política pública que procura integrar criterios de riesgos ambientales, de innovación y de inclusión en los pliegos de contratación pública con la finalidad de que las empresas contratistas se reorganicen y asuman los principios y valores del Estado social y democrático de derecho. Esto tienen como consecuencia una promoción de los derechos fundamentales y dicha política pública actúa como incentivo positivo a las empresas para remover los obstáculos organizativos que crean desigualdades.

En otras palabras, las compras públicas sostenibles

son las compras de bienes y contrataciones de servicios e infraestructura de una manera que maximiza el valor por dinero en todo el ciclo de vida de lo contratado. Esto requiere que las entidades públicas tomen decisiones que resulten en huellas ecológicas más bajas y mayores beneficios sociales (...). En la práctica, las autoridades que practican CPS toman decisiones más sostenibles, energéticamente y electrónica con menor consumo de energía, café cultivado y cosechado de manera más reciclados¹⁴.

Como puede verse, la idea fuerza de las compras públicas sostenibles está alineada con la función administrativa a la luz del Estado social y democrático de derecho en tanto que fomenta los medios para el perfeccionamiento de las personas de forma igualitaria, equitativa y progresiva. Sostiene Pierre Foy Valencia que la idea de las compras públicas sostenibles es que con estas las Administraciones Públicas puedan¹⁵:

- dar más coherencia a su función pública, al relacionar las políticas sociales y ambientales con su propio consumo de servicios y suministros;
- convertirse en referentes de consumo sostenible para la sociedad y promover con ello un efecto multiplicador de estas políticas;

14 Liesbeth Casier et al, Manual para agentes de compras públicas de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG): Implementando Compras Sostenibles en América Latina y El Caribe, The International Institute for Sustainable Development, 2015, p. 9. Disponible en: <https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd-handbook-ingp-es.pdf> (consultado el 15 de noviembre de 2022)

15 Foy Valencia, Pierre. "Consideraciones sobre la contratación pública sostenible ("verde)". En Revista de Derecho PUCP, núm. 66, diciembre-junio, Lima, 2011, p.341 / 335-350. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656149018.pdf> (consultado el 16 de noviembre de 2022).

-cumplir con las convenciones internacionales apoyadas por los estados, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o las Convenciones Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo;
-lograr la sostenibilidad y efectividad de las políticas sociales y ambientales, e insertar el compromiso social y ambiental como un eje transversal de las políticas de contratación pública; y
-contribuir a la adaptación del tejido social y empresarial a los nuevos desafíos a los que se tendrán que enfrentar en el nuevo siglo, como el cambio climático o el aumento de la pobreza, y así convertirlos en parte de la solución.

Por consiguiente, las compras públicas sostenibles son herramientas que se orientan a la consecución de objetivos de desarrollo y sirven de pivote a la Administración Pública en el fortalecimiento de su función administrativa. Este tipo de compras tiene un impacto positivo en términos económicos y sociales en tanto que supone que en la técnica de contratación pública se deban incluir criterios que van más allá de lo económico.

Y digamos que, en cierta medida, la ley núm. 340-06 previó la posibilidad de instrumentalizar las compras públicas hacia una vertiente sostenible con criterios que superen el económico, pues el principio de economía y flexibilidad acompañado de principio de participación permite pensar en la eficiencia, la innovación y el pluralismo como criterios plausibles en la implementación de las compras públicas.

En ese sentido, Directiva Modelo de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) establece los principios transversales para las compras sostenibles¹⁶:

a) Valor por Dinero: Promueve el uso íntegro, efectivo, eficiente y económico de los recursos destinados a las contrataciones públicas, lo que requiere la evaluación de los costos, la calidad y la Sostenibilidad de la oferta. En cuanto a la consideración de costos implica valorar los costes y riesgos del ciclo completo de vida; calidad significa cumplir con una especificación que es adecuada en cuanto a su propósito y suficiente para satisfacer los requisitos de necesidad, y Sostenibilidad comprende los beneficios económicos, sociales y ambientales según corresponda al objeto de la contratación.

b) Consumo Sostenible: Representa el consumo por parte del Estado de bienes, servicios y obras que responden a las necesidades actuales y ofrecen una calidad de vida mejor a sus ciudadanos, a la vez que se minimiza el uso de recursos naturales y de materiales tóxicos, así como la generación de residuos y la emisión de contaminantes durante el Ciclo de Vida del bien, servicio, u obra con el objeto de evitar poner en peligro las necesidades de las generaciones futuras.

c) Necesidad justificada: Resuelve una necesidad o un problema relevante para el ente gubernamental, así como analizar si existen o no otras mejores alternativas que promuevan la Innovación y la Sostenibilidad. Requiere llevar a cabo una evaluación de la necesidad concreta a satisfacer.

El principio de valor por dinero es el que permite equilibrar, de momento y en el marco normativo actual, los criterios de contratación pública para fomentar un modelo de compras sostenibles. Este principio es vital en tanto que con este es que se incorporan los criterios de beneficios económicos, sociales y ambientales al momento de las entidades públicas contratar, pudiendo dar prioridad a ofertas que pueden ser económicamente más alta; pero su impacto social tiene más valor para la consecución de los objetivos de desarrollo.

Las compras públicas sostenibles son la política de contratación que permiten a las administraciones públicas avanzar los objetivos de desarrollo dispuestos en la ley núm. 1-12 como la visión y concreción de la cláusula del Estado social y democrático de derecho. Por consecuencia, esta técnica de contratación acelera cambios estructurales en el sector privado, sirve de protección efectiva a los sectores vulnerabilizados y procura la concreción de la igualdad material por la que aboga nuestra Constitución.

De ahí que la expansión de esta técnica debe ser hasta convertirse en el paradigma de contratación de las instituciones públicas pues bajo las directrices y principios del Estado social y democrático de derecho, las compras públicas deben siempre tener un propósito de desarrollo sostenible.

III. COLOFÓN: LA EXPANSIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES PARA ACELERAR EL DESARROLLO

Los pasos para que las compras públicas sean el paradigma de las contrataciones de parte de las entidades contratantes y como parte del mandato de la cláusula del Estado social y democrático de derecho se han venido materializando por medio de las políticas que ha implementado la Dirección General de Contrataciones Públicas, también impulsadas por el Gobierno de la República.

En efecto, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto núm. 164-13, sobre Producción Nacional, que ordena a las entidades públicas sujetas a la ley núm. 340-06 realizar compras a MIPYMES que produzcan bienes o brinden servicios de la producción nacional, debiendo tener en el plan anual de compras un destino aproximado de un 20% a favor de las MIPYMES.

Aunado al esfuerzo anterior se prevén la cuota del 5% a MIPYMES cuyos directivos o socios principales sean mujeres, conforme lo establece la ley núm. 488-08. Esto es por la particularidad y vulnerabilidad de la posición de las mujeres en nuestro país, lo cual es reconocido por nuestra Constitución en su artículo 39.4.

A partir de la decida puesta en marcha de planes y lineamientos para la realización de compras públicas sostenibles por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas, cómo órgano rector del sistema, y el apoyo del Gobierno, los resultados de las compras públicas sostenibles definitivamente han sido positivos para las MIPYMES y las mujeres, que sin lugar a dudas su expansión a nivel de paradigma debe impulsarse.

16 Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), Directiva Modelo para la Promoción de Compras Sostenibles, artículo 3. Disponible en línea: <http://ricg.org/es/publicaciones/lanzamiento-directiva-modelo-para-la-promocion-de-compras-publicas-sostenibles/> (consultado el 16 de noviembre de 2022)

Compras públicas sostenibles como paradigma del Estado social y democrático de derecho

Thiago Marrero Peralta

Así lo revela un estudio preparado por el economista Jaime Aristy Escuder¹⁷ que señala como en las MIPYMES en el período de 2012 a 2015 la política de compras sostenibles provocó un aumento de 4.1 millones de pesos en la venta de las que fueron beneficiarias de contratos con el esto y al mismo tiempo significó un aumento de 760 mil pesos más de salarios pagados anualmente, es decir, que el ciclo virtuoso económico se vio puesto en marcha en las MIPYMES ya que al aumentar las ventas, se aumentaron los salarios pagados y con esto el fomento económico.

En el caso de las mujeres los resultados son más alentadores tanto en los primeros años de implementación de las compras públicas sostenibles como a la fecha. De acuerdo con Jaime Aristy Escuder¹⁸:

A pesar de esa evidencia, cabe destacar que desde 2012 se observa un notable crecimiento de la mujer beneficiaria de compras públicas. De acuerdo a estadísticas de la Dirección General de Contrataciones Públicas, la cantidad promedio mensual de contratación de mujeres propietarias de MiPymes subió de 287 en 2013 a 551 en 2015. En términos de monto mensual contratado a favor de mujeres empresarias, éste avanzó de 162.3 millones de pesos promedio mensual en 2013 a 227.1 millones de pesos promedio mensual en 2015. La diferencia entre la cantidad de contratos firmados y adjudicación por género se ha ido reduciendo. En el año 2013, por cada mujer que firmaba un contrato, 14 hombres firmaban contratos de compras públicas. En el año 2015, por cada mujer que firmaba un contrato, 10 hombres firmaban contratos. En el año 2013 por cada peso que se le adjudicaba a una mujer, se le adjudicaban 29 pesos a un hombre anualmente. En el año 2015, por cada peso que se le adjudicaba a una mujer, se le adjudicaban 17 pesos a un hombre, lo cual significa que se registró una reducción de un 41.3%. Esto muestra que en los últimos cuatro años se ha logrado un significativo avance de la mujer dentro del sistema de compras públicas del Estado Dominicano.

Lógicamente que la política continuada de compras públicas sostenibles hoy día sigue mostrando sus frutos, pues en el ámbito de las MIPYMES mujeres para el año 2021 del monto adjudicado a mujeres fue un 20% de todas las compras públicas realizadas, lo que significó un incremento de un 20% con relación al 2020, lo que deja claro que ya hoy día las MIPYMES mujeres están más representadas que al inicio de las políticas de compras sostenibles pues al cierre del 2021 habían unas 25,597¹⁹ mujeres registradas como proveedoras lo que contratas con los magros números del año 2015.

Estos números permiten confirmar que el modelo de compras públicas sostenibles permite a las entidades públicas concretar la cláusula del Estado social y democrático de derecho y sirve acelerador del desarrollo y removedor de los obstáculos que impiden la igualdad material que exige nuestra Constitución y que a juicio del Tribunal Constitucional implica²⁰:

17 Aristy Escuder, Jaime. Análisis del impacto de la política de compras y contrataciones públicas en las MIPYMES y mujeres, Dirección General de Contrataciones Públicas, Santo Domingo, 2016, p.53. Disponible en línea: https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/Informes/ImpactoDeLaPol%C3%ADticaDeComprasYContratacionesPublicas-2.pdf (consultado el 17 de noviembre de 2022)

18 Ibid., p. 29

19 Dirección General de Contrataciones Pública, Boletín de Contrataciones Públicas en Cifras Estadísticas: 2020 a 2021. Disponible en línea: <https://www.dgcp.gob.do/wp-content/uploads/page/Boletin-Contrataciones-en-Cifras-Estadisticas-2021-.pdf> (consultado el 18 de noviembre de 2022)

20 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia TC0119/14 del 13 de junio de 2014

que todas las personas son iguales ante la ley como tales deben recibir el mismo trato y protección de las instituciones y órganos públicos. Este principio, junto a la no discriminación, forma parte de un principio general que tiene como fin proteger los derechos fundamentales de todo trato desigual fundado en un acto contrario a la razón o cuando no existe una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se persigue. El desarrollo de este principio ha permitido elaborar una doctrina tendente a graduar situaciones concretas en las que puede admitirse trato diferente en circunstancias tales que el trato igual conduciría a una desigualdad, es decir, los supuestos en los que se admite una discriminación positiva.

De modo que garantizar la concreción de la igualdad material y con ello el cumplimiento de la función esencial del Estado en el marco de los artículos 7 y 8 de la Constitución implica la profundización y expansión de técnicas como las compras públicas sostenibles que muestran con evidencia empírica el crecimiento y desarrollo de los sectores y empresas que han sido beneficiarios de la política.

A esto me refiero que a través de las compras públicas sostenibles es posible aumentar la participación de empresas vinculadas a personas con discapacidad o de grupos históricamente vulnerabilizados por el Estado, tales como las personas con orientación sexual disidente.

Con lo anterior no es haciendo referencia solamente a aumentar la participación de estas personas en las compras públicas; sino a apostar a cambios organizativos que promuevan la inclusión de estas personas en las empresas que quieren ser proveedores del Estado. Y esto es posible por medio de compras con criterios de contratación que tomen en cuenta buenas prácticas de inclusión o el cumplimiento de las obligaciones legales

de las empresas para garantizar los derechos de las personas.

Un ejemplo de esto puede ser más ilustrativo. La ley núm. 5-2013, Orgánica sobre Igualdad de Derechos de las Personas con Discapacidad, dispone una serie de principios y valores tendentes a concretizar la efectiva igualdad de las personas con discapacidad, tales como la accesibilidad universal o las cuotas de empleo para estas personas. En ese sentido, el diseño de compras públicas sostenible puede contener criterios de contratación preferencia a aquellos contratistas que demuestren cumplir con las políticas de accesibilidad universal.

En el mismo sentido, criterios de contratación que prefieran o valoren más a los contratistas que tengan más mujeres en cargos directivos o que cumplan con certificación de igualdad en el ambiente de trabajo.

De esta forma la idea de compras públicas sostenibles no se limita a la fase de contratación por una cualidad exclusivamente sectorial o de género; sino que aumenta sus propósitos para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo al comenzar a requerir o preferir contratistas que no solo vendan al mejor precio, sino que en su estructura organizacional cumplan con los valores y reglas de nuestra Constitución.

De ahí que la expansión de las compras sostenibles, como herramientas para el cumplimiento de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, no solo debe realizarse hacia una política fundamental del Estado en términos de contrataciones públicas para aumentar la participación de MIPYMES y mujeres, sino que esta debe ser la política de contratación que permita acelerar los cambios organizacionales y las buenas prácticas empresariales para fomentar una economía virtuosa y de mayores garantías de los derechos de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Aristy Escuder, Jaime. Análisis del impacto de la política de compras y contrataciones públicas en las MIPYMES y mujeres, Dirección General de Contrataciones Públicas, Santo Domingo, 2016. Disponible en línea: https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/Informes/ImpactoDeLaPol%C3%ADticaDeComprasyContratacionesPublicas-2.pdf (consultado el 17 de noviembre de 2022)

Dirección General de Contrataciones Pública, Boletín de Contrataciones Públicas en Cifras Estadísticas: 2020 a 2021. Disponible en línea: <https://www.dgcp.gob.do/wp-content/uploads/page/Boletin-Contrataciones-en-Cifras-Estadisticas-2021-.pdf> (consultado el 18 de noviembre de 2022)

Foy Valencia, Pierre. "Consideraciones sobre la contratación pública sostenible ("verde). En Revista de Derecho PUCP, núm. 66, diciembre-junio, Lima, 2011, p. 335-350. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656149018.pdf> (consultado el 16 de noviembre de 2022).

Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS) et al, Constitución Comentada, Santo Domingo, 2012

Gómez-Ferrer Morant, Rafael. La Unión Europea y el Estado Social en Revista de Administración Pública, núm. 200, mayo-agosto, 2016, Madrid, p. 63-81

Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional, Vol. I, IusNovum, Santo Domingo, 2010.

Liesbeth Casier et al, Manual para agentes de compras públicas de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG): Implementando Compras Sostenibles en América Latina y El Caribe, The International Institute for Sustainable Development, 2015. Disponible en: <https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd-handbook-ingp-es.pdf> (consultado el 15 de noviembre de 2022)

Medina Reyes, Roberto. La Administración del Estado Social y Democrático de Derecho, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2020

Ortiz, Marina et al, Micro, Pequeñas y Medianas Empresas en la República Dominicana, FONDOMICRO, Santo Domingo, 2014. Disponible en: <https://fondomicro.org/libro/micro-pequenas-y-medianas-empresas-en-la-republica-dominicana-2013/> (consultado el 15 de noviembre de 2022)

Raúl Pérez, Eric. "La cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho". En Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional: liber amicorum – Juan Manuel Pellerano Gómez, Coord. Eduardo Jorge Prats y Manuel Valerio Jiminián, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, Santo Domingo, 2014.

Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), Directiva Modelo para la Promoción de Compras Sostenibles. Disponible en línea: [http://ricg.org/es/publicaciones/lanzamiento-](http://ricg.org/es/publicaciones/lanzamiento-directiva-modelo-para-la-promocion-de-compras-publicas-sostenibles/)

[directiva-modelo-para-la-promocion-de-compras-publicas-sostenibles/](http://ricg.org/es/publicaciones/lanzamiento-directiva-modelo-para-la-promocion-de-compras-publicas-sostenibles/) (consultado el 16 de noviembre de 2022)

Rivero Ortega, Ricardo. Derecho Administrativo Económico, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Rodríguez Huera, Olivo, "Derecho Administrativo Dominicano y Principios Generales". En Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Vol. 8, núm. 16, pp. 105-122. Disponible en: <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/752> (Consultado el 29 de octubre 2022)

Rodríguez-Arana, Jaime. Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar, Iustel, Madrid, 2012.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia TC/0203/13 del 13 de noviembre de 2013.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia TC0119/14 del 13 de junio de 2014

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del 11 de noviembre de 2003, exp. Núm. 0008-2003-AIT/TC

LA COLUSIÓN COMO PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO



Abstract

The problem is limited to bid rigging as a practice that creates barriers aimed at obstructing free competition and efficient investment, by increasing acquisition costs or decreasing the quality of goods and services that are acquired by state institutions. To solve this problem, the deductive research method was used, starting with global concepts such as business and free competition, and culminating concepts such as collusion. Among the results it is evident that, just as there are multiple forms of collusion and factors that facilitate its execution, there are also different prevention and detection mechanisms that range from examining the documentation deposited by the bidders to the analysis of their offers and behaviors over the time.

Keywords: Public procurement, collusion, bid rigging, free competition, enterprise, anti-competitive practices, State.

Por Rafael Heredia¹

RESUMEN

La problemática se circunscribe a la colusión en la contratación pública como practica que crea barreras destinadas a obstruir la libre competencia y la inversión eficiente, al aumentar los costos de adquisición o disminuir la calidad de los bienes y servicios que son adquiridos por las institucionales estatales. Para la resolución de esta problemática se utilizó el método deductivo de investigación, al iniciar con conceptos globales como son empresa y libre competencia y culminar en conceptos particulares como es la colusión. Entre los resultados se evidencia, que, así como existen múltiples modalidades de colusión y de factores que facilitan su ejecución, también se encuentran distintos mecanismos de prevención y detección que van desde examinar la documentación depositada por los oferentes hasta el análisis de sus ofertas y comportamientos a través del tiempo.

Palabras clave: Contratación pública, colusión, libre competencia, empresa, prácticas anticompetitivas, Estado.

¹ Licenciado en Derecho, graduado magna cum laude por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en la República Dominicana. Actualmente funge como abogado de la Dirección de Investigaciones y Reclamos de la Dirección General de Contrataciones Públicas de la República Dominicana.

INTRODUCCIÓN

La Economía Social de Mercado es un sistema económico en el cual, en principio, sus agentes pueden intervenir libremente en el mercado sin injerencia estatal, sin embargo la libre competencia puede ser perjudicada a través de una serie de actuaciones que cuales tienen como finalidad restringir o eliminar la competencia, a través de la manipulación del mercado².

En ese tenor, cada proceso de contratación convocado por el Estado genera un mercado específico, caracterizado por una confluencia de ofertas y demanda de bienes y servicios, en donde la oferta recae sobre los particulares, y la demanda sobre las entidades públicas que delimitan de manera particular las características específicas que cada bien y cada oferente deben cumplir. En otras palabras, la contratación pública es uno de los mecanismos a través del cual el Estado canaliza la satisfacción del interés general, convocando a entidades del sector privado para la prestación de bienes y servicios según sus necesidades bajo requerimientos específicos.

La contratación pública debe caracterizarse por la libre competencia, toda vez este principio más que preservar la relación entre competidores, impulsa la participación de una pluralidad de oferentes que permiten empleo eficiente de los recursos estatales y la transparencia del proceso de adquisición al hacerse efectiva la libertad de elección bajo las condiciones que ha fijado administración.³

Ahora bien, en este contexto pueden surgir determinados comportamientos que imposibiliten que las compras se lleven a cabo conforme a las condiciones antes planteadas, dentro de los cuales podemos encontrar la colusión, es decir, la concertación de acuerdos por parte de empresas que proveen al Estado y crean barreras destinadas a obstruir la libre competencia y la inversión eficiente, al aumentar los costos de adquisición o disminuir la calidad de los bienes y servicios que son adquiridos por las instituciones estatales.

Ante esto, es necesario contar con mecanismos lo suficientemente fuertes y competentes para prevenir, controlar y sancionar los abusos e ilegalidades que se puedan presentar en el marco de la contratación estatal, a fin, no solo de incentivar la competencia y proteger los bienes y valores constitucionales, sino también de conciliar los intereses particulares y generales presentes en la libre competencia, y proteger los derechos de los consumidores.

Lo anterior, implica beneficios en términos de eficiencia y eficacia, al mismo tiempo que permite llevar a cabo una gestión apropiada y transparente de los fondos públicos, lo que genera confianza de los ciudadanos en las administraciones públicas y a su vez permite fomentar la inversión privada, contribuir al crecimiento de las empresas y a la generación de empleo.

2 Franco Zárate, Javier. "El régimen de excepción al principio de libre competencia del parágrafo del artículo primero de la ley 155 de 1959 y su aplicación en Colombia". Revista E-Mercatoria [en línea]. 2005. vol.4, núm. 1, pp. [Consulta: 4 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2108>.

3 Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-815-01 de fecha 2 de agosto de 2001. [Consulta: 30 de enero de 2023]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.htm>

EVOLUCIÓN DE LA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

La relación entre Estado y sociedad es un tema clásico del constitucionalismo, de la filosofía política, del derecho público y de la economía política, sin embargo, lo cierto es que la discusión sobre esta relación, lejos de ser un tema cerrado, sigue siendo estudiado en la medida en que se transforma el Estado.

Al respecto, el Estado se ha transformado y reinventado desde su concepción en el siglo XVI como tipo de organización política, debido, en gran parte, a la profundidad de las transformaciones culturales, económicas, sociales, políticas e internacionales que este sufre. Sin embargo, en la actualidad, tanto el Estado como su Administración han acumulado un poco de cada evolución histórica, hasta el punto de que ya no se concibe un Estado con un único apellido, sino que se le han añadido cláusulas por cada proceso evolutivo. Hoy en día, concebimos al Estado como democrático, social, de derecho y regulador.⁴

Un ejemplo de esta evolución es la transformación que han sufrido los Estados Europeos de los siglos XVI y XVII que se limitaban a ejercer la función de policía, carecían de legitimación democrática, y encontraban marcados por la separación entre la administración monárquica y aristocrática y la sociedad civil sujeta a su propia dinámica la cual realizaba la totalidad de la actividad económica.⁵ En ese contexto, los excesos del antiguo régimen europeo caracterizado por los privilegios nobiliarios provocaron que surgieran cuestionamientos y procesos revolucionarios con presupuestos

4 Gonzáles Ojeda, Magdiel. "El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano", Derecho & Sociedad [en línea], 2004, Núm. 23 pp. 144-159. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16863> (Última consulta: 9 noviembre 2021).

5 Esteve Pardo, José. Lecciones de Derecho Administrativo. 3ª edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2013, p.50-54. ISBN 978-84-1566498-7

6 Meil Landwerlin, Gerardo. "El Estado social de derecho Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas". Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 42, 1984, págs. 211-226. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26806>

7 Baamonde Gómez, Laura. "Estado regulador". Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad [en línea]. Madrid: 2019 Núm. 17, ISSN 2253-6655 Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5030> (Última consulta: 13 febrero 2022).

epistemológicos iusnaturalistas, idealistas y racionalistas que tenían como finalidad procurar la libertad, la seguridad y la propiedad privada de los individuos, desembocando ello en la consagración del Estado Liberal, de una burguesía más poderosa en términos económicos y en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 según la cual los hombres se desarrollan en condiciones de libertas e igualdad.⁶

Posteriormente, el liberalismo y el desarrollo industrial no solo conllevó al surgimiento del proletariado o la clase obrera, sino que también provocó que las ideas igualdad fueran desatendidas y quedaran en un plano meramente formalista y sin aplicación práctica, dando origen a nuevas revoluciones que tenían por objeto hacer frente a las desigualdades y desventajas de la sociedad y procurar una mayor protección de las condiciones del trabajador. Ante este escenario aparece el Estado Social de Derecho o Estado Prestacional como una respuesta a las súplicas de los estratos sociales que lideraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII, pero que con el transcurso del tiempo éste resultó insuficiente, ya que si bien los textos constitucionales, predicaban la igualdad, este constituía un principio de tipo formal, en el sentido de que solo se encontraba consagrado constitucionalmente pero que no era real y efectivo, toda vez que persistían profundas desigualdades entre los obreros y los burgueses. Ello provocó, no solo una lucha de clases, sino también la consagración constitucional del Estado Social.⁷

La inserción de la cláusula social en el siglo XX cambió la estructura y la forma en que en que la Administración actuaba ya que la protección de la iniciativa privada y la libre competencia toma auge al propio tiempo que limita se la intervención del Estado como productor o comerciante, el cual no deja intervenir en determinados ámbitos de interés social no cubiertos por la actividad privada.⁸

Ahora bien, como resultado de la sociedad postindustrial, globalizada y extremadamente compleja, de los años 70 la Administración, en particular la de los Estados miembros de la Unión Europea, se ve desbordada e incapaz de desarrollar sus funciones prestacionales con efectividad. Esto ocasionó la retirada de la Administración de ciertos sectores de manera parcial y, por lo tanto, la devolución de una buena parte de la prestación de los servicios públicos a la sociedad y al sector privado. La quiebra de dicho modelo originó un movimiento tendente a desregular y desmonopolizar ciertas actividades, provocando que el Estado perdiera posiciones de titularidad y dominio sobre algunas actividades y sectores económicos por la falta de conocimientos técnicos y científicos.⁹

Ante este escenario, en donde el Estado no dispone de los medios o conocimientos necesarios para cumplir sus cometidos, éste debe adquirir una nueva identidad y, por consiguiente, replegarse a otras posiciones estratégicas, y desde ellas, garantizar que las actividades estatales, que ahora son desarrolladas por la sociedad, se realicen apropiadamente, de conformidad con la calidad, accesibilidad y objetividad

requerida. Así pues, el Estado se reconfigura de un Estado prestador de servicios públicos a un Estado garante, que supervisa las actividades que desarrollan los agentes económicos privados, los cuales deben, además de respetar la libre competencia y la accesibilidad al mercado de los agentes económicos emergentes, también deben satisfacer las labores de servicio público que se les confía.¹⁰

Lo anterior implicó una renovación de la función de regulación del Estado, toda vez que la misma paso de ceñirse del simple poder de reglamentación (rule making), a un conjunto de potestades regulatorias, que abarcan tanto la reglamentación, como las actividades de supervisión, ordenación y sanción (order-making), a fin de salvaguardar que la actividad ejercida por los operadores económicos privados sea compatible con el interés general.¹¹



8 Cassagne, Juan. Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. 7ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A. 2002.

9 Esteve Pardo, José. "Redefiniciones del modelo de estado y del derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre estado y sociedad", en Presno Linera, Miguel Ángel (Coord.) Fundamentos No 8. Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional [en línea]. España: 2014, p.91-93. ISBN: 978-84-8367-470-3 Disponible en: <https://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/octavo/pdfs/Esteve-Redefiniciones.pdf>. (Última consulta: 30 enero 2023).

10 Ídem.

11 Jorge Prats, Eduardo. La reglamentación como actividad regulatoria. Acento Diario [en línea], publicación de fecha 21 de junio de 2019. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/la-reglamentacion-como-actividad-regulatoria-8696576.html> (Última consulta: 13 febrero 2022).

Dicho esto, la regulación de la competencia no solo busca salvaguardar la libre empresa, sino que sobre todo constituye el mecanismo indispensable para impedir que el ejercicio irrestricto de dicha libertad llegue a destruir la autonomía del mercado. En ese contexto, encontramos la Economía Social de Mercado, un modelo de ordenamiento económico fundamentado en el equilibrio entre la libertad y la justicia social.

EL MODELO DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

La Economía Social de Mercado es un sistema económico social que implica, por un lado, un margen de acción en el cual los agentes económicos pueden intervenir libremente en el mercado, sin injerencia estatal y, por otro lado, involucra la interferencia del Estado de manera excepcional para "corregir y proveer condiciones sociales e institucionales que permitan que el mercado opere de manera eficiente y equitativa".¹²

Al respecto, la doctrina afirma que este sistema surge como una tentativa para armonizar la economía liberal del mercado caracterizada por la productividad y la eficiencia, así como por el fomento de la iniciativa privada y la autorregulación con valores tales como la solidaridad y la cooperación, los cuales son primordiales para la tradición social cristiana a la cual se orientaba el estado el Estado.¹³

En otras palabras, este modelo presupone la protección de la libertad individual mediante la implementación de reglas que prohíben el abuso del poder económico y garantizan una competencia funcional entre agentes económicos. A tal efecto, la economía social de mercado, si bien es un modelo económico que tuvo su origen en Alemania a finales de la década de 1940, ha sido adoptado por muchos países e inclusive constitucionalizado como régimen económico según el cual el Estado debe restringirse a facilitar y resguardar la libre competencia, así como a fomentar y proteger la libertad de empresa, y realizar la actividad empresarial solo de forma subsidiaria y excepcional".¹⁴

En el caso de la República Dominicana si bien el constituyente no estableció de manera expresa el modelo económico que regiría al Estado, es posible entrever de los diferentes postulados que componen la Constitución que se aplica ese modelo. De manera particular, lo anterior se puede desprender el artículo 217 de la Constitución el cual establece la perspectiva y fundamento del régimen económico al establecer que este "se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano" y se funda "en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad".¹⁵

12 Resico, Marcelo. Introducción a la Económica Social de Mercado. Edición Latinoamericana, Konrad Adenauer Stiftung, p 107. Disponible en <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54340.pdf> (Última consulta: 13 febrero 2022). (Última consulta: 13 febrero 2022).

13 Alarcón Peña, Andrea. "Origen y características del modelo de la economía social de mercado". Revista de Derecho Principia Iuris [en línea]. Tunja: Universidad Santo Tomás. 2017, vol. 14, No. 27, p. 98-117. ISSN. 0124-2067. Disponible en: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1403/1297> (Última consulta: 13 febrero 2022).

14 Gagliuffi Piercechi, Ivo. "La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón". Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual [en línea]. 2011 vol.7, Núm.13, p.139 Disponible en: <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/issue/view/18> Última consulta: 13 febrero 2022).

15 Jorge Prats, Eduardo. "Constitución y modelo económico". Acento Diario [en línea], publicación de fecha 11 de julio de 2014. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/constitucion-y-modelo-economico-8155182.html>

En tal sentido, la libre competencia dentro de ese modelo económico presupone, en primer lugar, que todas las personas tienen el derecho concurrir en el mercado para ofertar sus productos o servicios, con base en a la libertad de empresa consagrada constitucionalmente y, en segundo lugar, que los agentes económicos tienen la responsabilidad de concurrir al mercado de forma independiente, sin probar distorsiones, a través de conductas anticompetitivas.¹⁶

Es justamente este último aspecto, el que consideramos sustancial para la presente investigación, esto es la naturaleza de las prácticas anticompetitivas, aspecto que nos lleva necesariamente al origen del derecho de la competencia, a la libertad de empresa y a la libre competencia, libertades que además de constituirse en derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, también fungen como principios rectores del derecho antimonopolio.

ALCANCE DE LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO CONCEPTO ECONÓMICO

La libertad de empresa constituye un corolario de la libre competencia y un derecho fundamental que se encuentra consagrado constitucionalmente en la mayoría de los países del mundo. Es preciso señalar que la empresa como oficio es una actividad comercial que no solo se encuentra vinculada al ámbito económico y social de una nación, sino que está también impregna el mundo jurídico y puede llegar a trascender al Estado mismo, ya que puede existir con independencia de este.

Al respecto, Anzures Gurriá entiende que la empresa, si bien puede ser catalogada como un concepto económico, el mismo no siempre resulta del todo claro, debido a que, este concepto puede hacer referencia tanto a una sociedad comercial, como a un individuo o agente económico sin personalidad jurídica. A pesar de ello, es claro que dicho concepto alude a una determinada actividad llevada a cabo por un sujeto (físico o jurídico) que tiene como finalidad la obtención de un lucro.¹⁷

Procede destacar que, más allá de la noción de empresa, nos interesa abordar el alcance de la libertad económica y sobre ello, la Corte Constitucional colombiana ha sido del criterio de que la libertad económica de los individuos dentro del modelo de economía social del mercado es una prerrogativa que posee toda persona para realizar actividades de naturaleza económica a fines de acrecentar, conservar o instituir su propio patrimonio.¹⁸

Ahorabien, las libertades económicas, como son la libertad de empresa y la libre competencia, no constituyen libertades absolutas, toda vez que el Estado puede intervenir para conciliar los intereses privados con el interés general, regular las fallas del mercado, y promover el desarrollo de la actividad económica en la sociedad.¹⁹

Dicho esto, podemos aseverar que este derecho, al tener una implicación social, está sujeto a las limitaciones y restricciones impuestas por la constitución y las leyes en virtud de la prevalencia del bien común o del interés general, y que conlleva una serie de responsabilidades y cargas, asociadas a la libre competencia económica, consistente

en modular su amplitud a fin de evitar la obstrucción o la restricción de la libertad económica y los abusos que pudieran cometer las empresas al gozar posición dominante en el mercado.

CONCEPTUALIZACIÓN Y FINALIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA

A grandes rasgos, la libre competencia consiste en la libertad que tienen todas las personas, naturales y jurídicas, de ofertar un bien o servicio en el mercado sin injerencia por parte de competidores. En un escenario ideal donde existe libre competencia, los agentes económicos tienen la posibilidad participar en el libre mercado donde las decisiones son adoptadas en función de la oferta y la demanda.²⁰

Sobre ello, la Corte Constitucional colombiana ha establecido mediante sentencia que la libre competencia se aprecia cuando un conjunto de empresas, enmarcadas en un escenario normativo de igualdad de condiciones, en donde no existen barreras de entrada u otras prácticas de naturaleza restrictiva que entorpezcan la ejecución de una actividad económica legal, se esfuerzan por conquistar el mercado.²¹

Expuesto lo anterior, conviene precisar que, en una economía de mercado capitalista, es inevitable encontrarnos con comportamientos económicos mercantiles que discriminan y depredan precios, afectando a los consumidores, toda vez que los proveedores tienden a abusar de sus libertades en beneficio propio. En ese escenario, el Estado asume su rol de defensor del consumidor, para proteger

las situaciones de indefensión y proteger la libre competencia de cualquier práctica que tenga como objetivo su restricción.²²

En definitiva, lo que se procura con la libre competencia es proteger al mercado de las prácticas restrictivas de la competencia que puedan efectuar los particulares, de forma que, tanto proveedores/oferentes como consumidores/demandantes interactúen en el mercado bajo condiciones de naturalidad, interviniendo el Estado de manera exclusiva cuando se altere el funcionamiento correcto de la oferta y la demanda. En ese sentido, la regla constituirá la libre entrada y salida del mercado por parte de cualquier persona en condiciones de igualdad y excepcionalmente, el Estado podrá fijar pautas de comportamiento con la finalidad armonizar la convivencia en el mercado.

VINCULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública tiene a su cargo una serie compromisos que debe de cumplir para la satisfacción de las necesidades de la colectividad y del interés general. Para garantizar el cumplimiento de dichas actividades la administración central o descentralizadas adquieren bienes y servicios, crean infraestructuras, y acuden a agentes privados a través de la figura del contrato administrativo para que estos asuman cometidos públicos.²³

16 Gagliuffi Piercechi, Ivo. "La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón". Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual [en línea]. Vol.7, Núm.13.2011 Disponible en: <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/issue/view/18> (Última consulta: 13 febrero 2022).

17 Anzures Gurriá, José Juan. "La libertad de empresa como derecho fundamental en México". Revista Jurídica Digital UANDES [en línea]. 2019, núm. 2 Vol.3, pp. 80-93. ISSN. 0719-7942

18 Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-263/11, de fecha 6 de abril de 2011.

19 Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-263/11, de fecha 6 de abril de 2011. [Consulta: 4 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-263-11.htm> (Última consulta: 29 de septiembre de 2021).

20 Mendoza, Dante. Aspectos Generales de la Libre competencia y los monopolios en el decreto legislativo 701. Derecho y Sociedad [en línea]. Perú, 2017, núm. 49, pp. 128-131. [Consulta: 22 de julio de 2021]. ISSN: 2073-3634. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7792271>

21 Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia C-815-01 de fecha 2 de agosto de 2001. [Consulta: 4 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.htm>

22 Eyzaguirre Del Sante, Hugo. Políticas de competencia y su aplicación. Fundamentos económicos. Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2011. ISBN. 978-612-4041-52-5.

23 Esteve Pardo, José. Lecciones de Derecho Administrativo. 3ª edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2013, p.315. ISBN 978-84-1566498-7

En este escenario, es necesario que los organismos públicos realicen una serie de actos y hechos de naturaleza administrativa a los fines de materializar su voluntad de contratación, los cuales de manera conjunta y ordenada constituyen un procedimiento administrativo especial, denominado procedimiento de contratación administrativa o procedimiento de selección de contratista.²⁴

Este procedimiento inicia con el requerimiento del bien o servicio que se quiere contratar, y continua con la determinación del presupuesto, el registro preventivo del gasto, informes previos a la aprobación del pliego, invitaciones a realizar ofertas, publicaciones de pliegos, designación de peritos o funcionarios que intervendrán en la evaluación de las ofertas y culmina con la apertura de las ofertas, las notificaciones y publicaciones de los resultados de las evaluaciones y el acta de adjudicación.²⁵

En términos simples, la contratación administrativa constituye el medio por el cual los organismos territoriales centrales y descentralizados, en ejercicio de la función administrativa, invitan según sea el caso a un determinado o indeterminado número de personas a realizar ofertas de acuerdo con los lineamientos establecidos en los pliegos de condiciones, con el objetivo de elegir de entre ellas la que resulte más favorable para satisfacer general.

En ese sentido, para la administración seleccionar con quién contratar, el legislador impone que las decisiones sean tomadas a través de procedimientos reglados que no solo persiguen garantizar los derechos de los administrados, sino que también buscan la racionalidad y la eficacia de las decisiones emitidas. En el caso del procedimiento de

contratación pública, además de ser un instrumento para el aprovisionamiento de bienes, obras y servicios con fines públicos, también constituye un mecanismo que tiene un alto impacto en el desarrollo y la economía del país, toda vez que incide directamente en la generación de empleo, en la eficientización del gasto público, y en la dinamización del comercio y capacidad industrial.

Así pues, dentro de los procesos de selección subsiste una confluencia entre factores normativos, económicos, políticos y sociales que involucran que el Estado efectúe inversiones eficientes de los recursos públicos y alcance mejores condiciones en términos de calidad y precio. Para ello, encontramos que la contienda entre los distintos oferentes para ganar la contratación resulta imprescindible para asegurar la máxima competitividad y con la adquisición de servicios de alta calidad a precios bajos, y así liberar recursos económicos para la satisfacción de otras necesidades públicas.²⁶

En el marco de lo antes expuesto, encontramos la libre competencia como un principio vinculado a uno de los principales objetivos del procedimiento

24 Carballo, Federico y Rabinovich, Alejandro. El sistema de compras y contrataciones de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Análisis Doctrinario, Jurisprudencial y Normativo [En línea]. Buenos Aires; Editorial Jusbaire, 2016, p.20 ISBN 978-987-4057-14-3 Disponible en <http://editorial.jusbaire.gob.ar/libro/online/119> [Última Consulta: 2 de febrero de 2022].

25 ídem

26 Quintana Sánchez. Eduardo. 'Adquisiciones públicas: ¿se requiere competencia en las Compras del estado?'. Lima: THEMIS Revista De Derecho. 2000, Núm. 41. Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_041.html [Última Consulta: 15 de febrero de 2022].



de selección: generar la mayor participación de oferentes posibles.²⁷ De esta forma, la libre competencia económica no debe ser reconocida y garantizada de manera limitada al desarrollo de las relaciones económicas entre particulares, sino que también debe extenderse a las relaciones económicas en las cuales el Estado acude a agentes privados para proveerse de los bienes y servicios necesarios para cumplir sus cometidos públicos.

Conviene manifestar el empleo eficiente de los recursos estatales y la transparencia del proceso de adquisición del bien requerido son fines esenciales que se intentan asegurar a través de los procesos de selección, lo cual es posible a su vez mediante un mercado competitivo. En el caso de la contratación pública, este es un mercado caracterizado por una confluencia de oferta y demanda de bienes y servicios, en donde la oferta recae en los particulares y la demandas en las entidades públicas las cuales delimitan de manera particular las características específicas que debe cumplir cada bien y cada oferente, y por consiguiente intervienen en la determinación del mercado relevante.²⁸ En ese tenor, cada proceso de contratación convocado por el Estado genera un mercado específico el cual debe caracterizarse por la libre competencia.

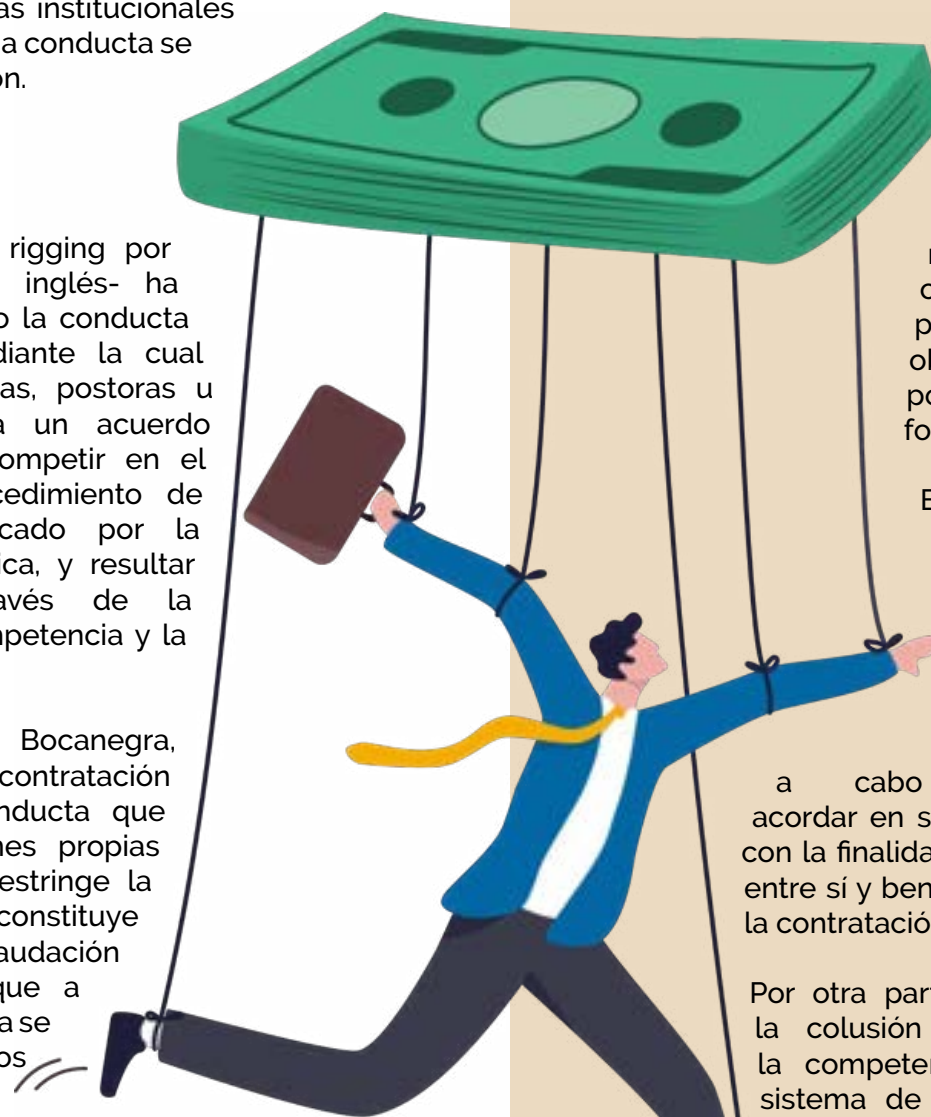
Ahora bien, dentro de la contratación pública pueden surgir determinados comportamientos que pueden impedir que las compras se lleven a cabo conforme a las condiciones antes planteadas, por un lado, pueden generarse comportamientos irregulares por parte de los funcionarios encargados de administrar los

procesos de selección, y, por otro, prácticas anticompetitivas consistentes en la concertación de acuerdos por parte de empresas postoras que crean barreras que impiden la libre competencia y la inversión eficiente, al aumentar los costos de adquisición o disminuir la calidad de los bienes y servicios que son adquiridos por las institucionales estatales.²⁹ Esta última conducta se conoce como colusión.

COLUSIÓN

La colusión -o bid rigging por su terminología en inglés- ha sido entendida como la conducta anticompetitiva mediante la cual dos o más empresas, postoras u oferentes, llegan a un acuerdo entre sí para no competir en el marco de un procedimiento de contratación convocado por la Administración Pública, y resultar adjudicadas a través de la alteración de la competencia y la libre competencia.³⁰

Según Camilo Ossa Bocanegra, la colusión en la contratación pública es una conducta que altera las condiciones propias del mercado, que restringe la competencia y que constituye una forma de defraudación estatal, toda vez que a través de esta práctica se manipulan los procesos contractuales.³¹



De igual forma se admite que, si bien uno de los principios básicos de las contrataciones públicas es la libre competencia, este no es un estado natural, ya que en muchos mercados se generan estructuras anticompetitivas, por lo que el Estado debe hacer frente a las mismas con la finalidad de maximizar la

competencia durante los procesos de adquisición estatal. La afectación a la libre competencia puede provenir de la acción concertada de los propios oferentes mediante comportamientos contrarios a la competencia para alterar las reglas y obtener ventas que no se podrían obtener de otra forma.³²

En ese mismo sentido, Johannes San Miguel Giralt afirma que constituye la principal forma de corrupción en las compras públicas, consistente en prácticas llevadas a cabo por los proveedores para acordar en secreto conductas a seguir, con la finalidad de evitar la competencia entre sí y beneficiarse ilegítimamente en la contratación con el Estado.

Por otra parte, huelga manifestar que la colusión además de distorsionar la competencia dentro de cualquier sistema de compras también genera efectos adversos, ya que a través de esta conducta se aumentan los

precios y los gastos gubernamentales con referencia a aquellos que pudieran realizarse en el marco de un mercado competitivo y por consiguiente contribuye a la inflación económica y la destrucción de la economía social de mercado.³³

En tal tenor, los efectos negativos de la colusión no solo se presentan con relación a las demás empresas que no han formado parte del acuerdo colusorio, sino que esta conducta también afecta negativamente al Estado y a los ciudadanos como beneficiarios finales, ya que generan un detrimento al erario por el aumento en los sobreprecios y la disminución en la calidad de los productos y servicios contratados.

MODALIDADES DE COLUSIÓN

Luego de haber analizado el concepto de colusión y sus respectivos efectos sobre los terceros y el interés general, es procedente examinar las formas que pueden adoptar las prácticas colusorias en la contratación estatal. A saber, las formas más comunes de manipulación de la competencia que pueden efectuar los oferentes dentro de un procedimiento de contratación son las siguientes: ofertas de resguardo u ofertas ficticias, la abstención de hacer ofertas, la rotación de ofertas, y el reparto de mercados.

27 Carballo, Federico y Rabinovich, Alejandro. "El sistema de compras y contrataciones de la ciudad autónoma de Buenos Aires". Análisis Doctrinario, Jurisprudencial y Normativo [En línea]. Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2016, p.31 ISBN 978-987-4057-14-3 Disponible en <http://editorialjusbaire.gov.ar/libro/online/119>

28 Barreto Moreno, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública. Estudio Jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis Editores S.A., 2019, p. 59. ISBN: 978-958-767-859-8

29 Galvis Macías, Iván Humberto. "Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección del Estado" [En línea]. Bogotá: Revista Vlel, Vol. 13, No. 12, julio-diciembre 2018. ISSN 1909-0528

30 San Miguel-Giralt, Johannes. "Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo". Universitas [en línea]. julio-diciembre 2017, vol. 66, No. 135, pp. 377-420. [consulta: 2 de agosto de 2021] ISSN: 2011-1711. Disponible en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.cpcd>

31 Ossa Bocanegra, Camilo Ernesto. "Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano". Revista de Derecho [en línea]. 2014, núm. 42, pp. 233-263. [Consulta: 25 de julio de 2021] ISSN 0121-8697. Disponible en: <http://www.revistaderecho.udec.cl/index.php/revista/article/view/1111>

www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0121-86972014000200010&lng=e&nrm=iso&tlng=es

32 Morón Urbina, Juan Carlos. "Los acuerdos colusorios en las licitaciones públicas: cuando los postores afectan la libre competencia". Revista da faculdade de direito da FM. 2017, vol.12, núm. 2, pp 177-208. [Consulta: 30 de julio de 2021]. ISSN 2448 - 4628. Disponible en: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/download/69/83/>

33 Martínez, Juan Francisco, Escobar, David y Loyola, Claudio. "Sobre los determinantes de la colusión en las compras públicas: el caso de Chile". Derecho PUCP [en línea]. 2011, núm. 66, 2011, pp. 385-417. [Consulta: 19 de julio de 2021]. E-ISSN: 2305-2546. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/archive>

OFERTAS DE RESGUARDO

Las ofertas de resguardo, también denominadas posturas encubiertas, ofertas complementarias o simbólicas constituyen una de las prácticas colusorias más frecuentes, consistente en el acuerdo para presentar ofertas temerarias e irrisorias, que no tienen la más mínima posibilidad de resultar adjudicadas.

Al respecto, Galvis-Quintero manifiesta que la finalidad de las ofertas complementarias es “dar apariencia de competencia” y que se pueden presentar en las siguientes modalidades: i) cuando los competidores acuerdan presentar ofertas con un monto económico más elevado o bajo (predatorios) con relación a la oferta designada para ganar la contratación; ii) cuando presentan ofertas que no cumplen los parámetros del pliego, con el objeto de que sean descalificadas por no cumplir con las especificaciones técnicas.³⁴

De igual manera, la Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude ha manifestado que las ofertas complementarias no solo se conciben a través del pacto entre competidores presentando ofertas deliberadamente erróneas, sino que, en ciertos casos este tipo de práctica es llevada a cabo por filiales de la empresa designada como ganadora o por sociedades comerciales fantasmas.³⁵

SUPRESIÓN DE OFERTA

En contraposición a las ofertas complementarias, se encuentra la supresión de oferta, la cual es considerada como una forma de falsear o manipular la libre competencia en

el marco de una contratación, en particular en la contratación pública, consistente en aquel pacto, convenio o contrato entre empresas que si bien son competidoras, deciden abstenerse de presentar una oferta, o retirar una oferta ya presentada en el marco de un procedimiento de contratación, para favorecer a la empresa con la cual ha pactado.³⁶ Regularmente la supresión de oferta es una práctica anticompetitiva que frecuentemente es acompañada de otros actos colusorios como son la rotación de ofertas o la asignación del mercado con la finalidad de que todos los participantes en el acuerdo obtengan beneficios económicos.

Otra práctica que podemos considerar derivada de la supresión de ofertas es la presentación de ofertas parciales o que se complementan, toda vez que mientras en la supresión de oferta las empresas se abstienen o retiran su oferta en su totalidad, en la propuesta parciales las empresas presentan ofertas las cuales se complementan la una con la otra.

Es decir, que la supresión de oferta es una práctica que por un lado falsea la competencia al generar un escenario que desde un punto de vista externo pareciera que todos son competidores, pero en el cual existe un acuerdo previo de no competición. Por otro lado, impone una situación de desigualdad a los demás oferentes que no forman parte de dicho acuerdo al disminuir sus posibilidades de selección.

ASIGNACIÓN DE MERCADO Y ROTACIÓN DE OFERTAS

Entre otras modalidades de colusión podemos encontrar la asignación de mercados y la

rotación de ofertas o bid rotation. El primero consiste en la distribución geográfica o de clientes entre empresas de un mismo sector, con la finalidad de no competir en los procedimientos de contratación convocados para determinadas regiones o clientes.

Al respecto, Grijalva establece que pueden existir tres modalidades de repartición de mercado: i) la división territorial; ii) el reparto de la clientela; iii) el reparto de productos y servicios.³⁷ En ese tenor, el reparto territorial se manifiesta cuando los agentes económicos, en este caso fabricante, proveedores y distribuidores, deciden establecer, por un lado, un lugar en específico para la compra y venta de sus productos, y por el otro, la prohibición de no ofrecer sus productos en una en una zona distinta a la asignada. Ahora bien, debemos tener presente que esta repartición no implica la exclusividad de una sola empresa, sino que dentro de una misma zona geográfica pueden coexistir varias empresas, estableciendo una barrera de entrada para otras empresas que pudieran también participar en dicha zona y limitando las opciones o alternativas de los consumidores.³⁸

En cuanto respecta a la repartición de la clientela, podemos afirmar que tiene cierta similitud a la repartición geográfica, toda vez que las empresas acuerdan la asignación de los clientes del mercado, limitándose cada empresa a satisfacer la necesidad de los consumidores asignados, y prohibiendo la oferta de bienes y servicios a los clientes de la otra empresa competidora. Ante este tipo de práctica se crea una restricción de acceso a compra, ya que el consumidor se ve afectado

por la limitada oferta que recibe.³⁹ Este efecto restrictivo, se genera igualmente cuando las empresas deciden realizar una distribución o asignación de productos en el mercado. En ese sentido, podemos identificar que la principal diferencia entre el reparto de clientela y el de productos es que en la primera se limita a quién se oferta y en el segundo se decide qué se oferta.

Por su parte, la rotación de ofertas consiste en el acuerdo llevado a cabo entre empresas para presentar sus ofertas en un momento determinado, o para realizar otra práctica anticompetitiva como la supresión de oferta y la oferta de resguardo, con la finalidad de que la empresa seleccionada resulte adjudicada en el procedimiento de contratación. Sobre lo anterior, Miño López ha acotado que no son en sí mismas las ofertas las que rotan, sino las ofertas designadas por el acuerdo para ganar la contratación.⁴⁰ Con relación a lo anterior, debemos precisar que este tipo de conducta no es posible deducirla de un solo procedimiento de contratación, sino que el mismo tiene cabida a partir de la pluralidad de participaciones, ya que es necesario el “tracto sucesivo” de la práctica colusoria.⁴¹

Llegado a este punto, es preciso aclarar que la tipología antes mencionada de acuerdo anticompetitivo y de la colusión no es limitativa o invariable, sino que por el contrario son de diversa naturaleza, y pueden clasificarse de distintas maneras, por ejemplo, de acuerdo con los sujetos que participen y forma que adoptan, o conforme al objeto o materia sobre la que recae el acuerdo.

34 Galvis-Quintero, Deisy. "La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas". Vniversitas [en línea]. 2016, No.132, pp. 133-195 [Consulta: 6 de agosto de 2021]. ISSN: 0041-9060. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82546585006>

35 Fraude en la contratación pública Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas, Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude [en línea]. 2017. [Consulta: 6 de agosto de 2021]. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica_tcm30-501388.pdf

36 Artaza Varela, Osvaldo Belmonte Parra, Matías y Acevedo, German. "El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo". Revista Ius Et Praxis [en línea]. Chile, 2018, vol. 24, núm. 2, pp. 549-592. [Consulta: 4 de agosto de 2021] ISSN: 0718-0012. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1159>

37 Grijalva Jiménez, Agustín y Troya Jaramillo, José Vicente. "Elementos para un derecho de la competencia em Ecuador". FORO Revista de Derecho [en línea]. Quito, 2003, núm. 1, 5-47. [Consulta: 1 de agosto de 2021] ISSN: no encontrado. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1811/1/RF-01-TC-Grijalva.pdf>

38 Velandia, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo Competencia desleal: abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor [en línea]. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 142-144. [Consulta: 26 julio de 2021] ISBN.978-958-710-693-0. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2589>

39 Ídem

40 Miño López, Antonio. Prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público [en línea]. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. 2018, pp. 214-217. [Consulta: 28 de julio de 2021]. disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/21762/MinoLopez_Antonio_TD_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y

41 ídem

FACTORES QUE FACILITAN LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

Es incuestionable la existencia de circunstancias que pueden hacer más viable y sostenible la aparición de comportamientos anticompetitivos en el marco de la contratación estatal, entre dichos factores podemos encontrar la concentración del mercado. Este factor es un indicativo del número de participantes y la posición que estos ocupan en el mercado. En ese sentido, es de conocimiento común que, a menor cantidad de empresas participantes u oferentes, mayores son las probabilidades de que se lleve cabo un acuerdo, toda vez que será más fácil llegar a un acuerdo cuanto menor sea el número de empresas.⁴²

Asociada a la concentración del mercado se encuentra la participación baja o nula de empresas emergentes, debido a que las empresas que participan de un acuerdo colusorio provocaran que la entrada de un nuevo competidor sea más costosa y difícil, resultando en la imposición de barreras de entradas y en la manipulación de las contrataciones.

Otro factor que apunta a facilitar la colusión son las compras repetitivas por parte de las instituciones públicas, toda vez que, a mayor frecuencia, mayor posibilidad de que los proveedores lleguen a un acuerdo para asignarse los distintos procedimientos de selección. Adicionalmente, las contrataciones regulares y periódicas de los mismos bienes y servicios ocasionan que los oferentes fortifiquen sus prácticas colusorias, al conocer

mejor los documentos marcos, y facilita que las empresas fijen una estructura de precios en común.⁴³

De igual forma, podemos encontrar que la compra de productos homogéneos o con pocos sustitutos favorece la conducta anticompetitiva en la contratación pública, ya que, es más fácil para las empresas alcanzar un acuerdo al saber que la institución contratante cuenta con pocas opciones de proveedores o con pocas alternativas que puedan reemplazar el bien o servicio que se está adquiriendo. De este modo, es probable que las pocas empresas que distribuyen dicho bien o servicio eleven los precios de sus propuestas y obtengan un mayor beneficio, ocasionando un detrimento a la competencia y al erario, ya que la escasez del producto o de productos alternativos provoca que la institución se encuentre arrinconada a adquirir el bien que necesita al precio que se le presente.⁴⁴

Por último, si bien los actos colusorios en la contratación estatal regularmente se circunscriben a los licitadores, no faltan casos en los que asociaciones gremiales se desvían de sus fines legítimos hacia objetivos ilegales al constituirse en medios para facilitar las prácticas anticompetitivas permitiendo que sus empresas asociadas se reúnan y compartan información a los fines de manipular los procedimientos de selección. Tal es el caso de la Asociación de Productores Avícolas de Chile, la cual fue disuelta por orden del Tribunal de Defensa de la Competencia al haber sido encontrada culpable de articular el funcionamiento de una estructura anticompetitiva en el mercado de carne de pollo de Chile.⁴⁵

Es así como a partir del abordaje de los principales aspectos del derecho de la competencia, podemos avanzar en el examen de los mecanismos de prevención y detección de la colusión, los cuales son cruciales para asegurar la competitividad en los procedimientos de selección de contratistas a fines de que la administración pública pueda hacer uso eficiente de los recursos asignados, y de este modo, el Estado resulte beneficiario de mejores ofertas en términos de precio, calidad, cantidad e innovación, producto de un esquema de competencia real y efectiva.

MECANISMOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS COLUSORIOS

Como se ha expuesto anteriormente, existen diversos factores que facilitan la puesta en marcha de prácticas colusorias y anticompetitivas en el marco de los procedimientos de selección de contratistas convocados por el Estado para la adquisición de bienes y servicios. Sin embargo, lo anterior no implica que las instituciones contratantes permanezcan inertes ante estas conductas anti concurrenciales, sino que, por el contrario, es necesario que adopten medidas orientadas a mitigar los riesgos de colusión y a fomentar un clima de competitividad.

Dentro de tales medidas, podemos encontrar mecanismos ex ante, o estrategias encaminadas a disuadir al potencial infractor con una amenaza que lo contra motive a realizar una conducta típica, antijurídica y culpable. En ese sentido, existen tres enfoques de las medidas de prevención: primero, aquel destinado a evitar o reducir la incidencia de prácticas anticompetitivas de manera general, segundo, aquel destinado sobre a ejercer presión sobre

posibles infractores y tercero, aquel destinado a evitar que infractores continúen incurriendo en actividades antijurídicas.⁴⁶

Desde otro punto de vista, lo anterior lo podemos resumir en prevención general y prevención especial. La prevención general ejercerá un efecto inhibitorio para que cualquier individuo se abstenga a usar su libertad de empresa para cometer una infracción anticompetitiva y, la prevención especial, actúa como un mecanismo ex post, en el sentido de que se encuentra dirigida contra personas que ya han infringido la norma de forma previa.⁴⁷

En ese orden, dentro de estas medidas orientadas a combatir la colusión deben destacarse las recomendaciones que ha realizado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las cuales, si bien no constituyen un instrumento vinculante, son normas de soft law, o buenas prácticas, que se han adoptado a nivel internacional para garantizar la competitividad y la eficiencia, e incrementar la integridad en la contratación pública.

Es importante señalar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es una organización internacional que reúne a más de 100 países en todo el mundo, y que tiene como objetivo promover políticas tendentes a garantizar la prosperidad y el bienestar de los individuos a través de asesorías para mejorar las regulaciones, y recopilación de datos y análisis, e intercambio de experiencias y buenas prácticas.

Entre los lineamientos que esta organización ha emitido con relación a la colusión podemos encontrar: i) la recopilación de la información adecuada antes de convocar el procedimiento

42 Guía de Competencia para la prevención y detección de colusiones en las contrataciones públicas en Nicaragua. 2011. Instituto Nacional de Promoción de la Competencia de Nicaragua. [Consulta: 25 de septiembre de 2021]. Disponible en: <https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/NICARAGUA-Guia-de-Competencia-para-la-prevencion-y-deteccion-de-colusiones-en-las-contrataciones-p-NUEVO.pdf>

43 Ídem.

44 Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 2014. [consulta: 28 septiembre de 2021] Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

45 Corte Suprema confirma multas por colusión contra Agrosuper, Ariztia y Don Pollo y endurece sanción contra el gremio que las reúne.

Fiscalía Nacional Económica de Chile. [consulta: 28 septiembre de 2021]. Disponible en <https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-confirma-multas-por-colusion-contra-agrosuper-ariztia-y-don-pollo-y-endurece-sancion-contra-el-gremio-que-las-reune/>

46 Vargas-Téllez, Geormar. "Aproximación teórica a la prevención del delito y la seguridad pública". Revista Ciencia Jurídica y Política, Vol. 7, Núm. 13, enero-junio 2021, p. 83-93. ISSN Núm. 2708-9266

47 Ídem.



de contratación; ii) la maximización de oferentes; iii) la mejora de los criterios de evaluación y adjudicación; iv) la reducción de las relaciones entre oferentes, y v) la creación de consciencia sobre los riesgos de colusión.

Estos lineamientos se han convertido en recomendaciones de referencia a nivel mundial que han ayudado a los países a realizar una autoevaluación sobre la pro-competitividad de sus normativas de contratación, y han sentado las bases para la implementación de mejoras, y el establecimiento de estrategias nacionales para combatir los actos de colusión. En ese contexto, la creación de mecanismos de prevención y disuasión de las prácticas anticompetitivas en las contrataciones públicas resulta crucial para asegurar que

los procedimientos de selección sean competitivos y minimizar la probabilidad de colusión, alcanzando con ello la defensa de la libre competencia, la selección de la oferta económicamente más ventajosa y la utilización eficiente de los fondos públicos en términos de calidad y precio.

**MÉTODOS PARA LA
DETECCIÓN DE LA COLUSIÓN**

En términos generales, cuando se hace referencia a los mecanismos para la lucha contra la colusión, podemos encontrar que estos se dividen en tres: prevención, detección y sanción. En ese sentido, luego de haber examinado los lineamientos para la prevención

de la colusión es preciso abordar las diferentes formas en la que se puede realizar una detección oportuna de esta práctica anticompetitiva.

Al abordar la detección de la colusión podemos apuntar que el primer escenario en el cual se pueden identificar patrones y señales de advertencia es en la presentación de la oferta, por ello, debe atenderse de manera singular a cómo los proveedores presentan sus ofertas, la frecuencia con la cual un determinado proveedor resulta adjudicatario y en cuales tipos de procedimientos participa.⁴⁸

En concordancia con lo anterior, constituye un patrón sospechoso que a lo largo de una serie de procedimientos de contratación, un mismo proveedor siempre gane o pierda los procesos convocados independientemente de los oferentes que participen, ya que es una práctica común en acuerdos colusorios que se determinen de antemano cuáles empresas van a presentar ofertas de resguardo con precios irrisorios o injustificadamente altos o que no tienen la más mínima posibilidad de resultar adjudicadas.

Del mismo modo, otro indicador de colusión es cuando se identifica que los proveedores que compiten por las contrataciones habitualmente ganan una cantidad igual o similar de procesos, lo cual podría apuntar a que nos encontramos ante un acuerdo de rotación de ofertas, consistente precisamente en que las empresas coludidas acuerdan turnarse para ganar las contrataciones. Ahora bien, este tipo de conducta no solo puede circunscribirse a una institución que adquiere un determinado producto, sino que es posible que un acuerdo de rotación se extienda a otras instituciones contratantes, por lo que consultar los resultados de los procedimientos de contratación llevados a cabo por otras instituciones pudiera reflejar que los proveedores coludidos se encuentran rotándose.

Por último, en cuanto respecta a este primer escenario, podemos mencionar que constituyen otras señales de advertencia las siguientes: i) cuando los proveedores retiran sus ofertas de forma inesperada, ii) cuando las ofertas económicas se encuentran separadas por porcentajes exactos, iii) cuando ciertos proveedores calificados se abstienen a participar, iv) cuando los oferentes perdedores terminan siendo subcontratados y, v) cuando se presentan varias ofertas mal preparadas.⁴⁹

Un segundo escenario en el cual se pueden detectar señales de manipulación de la competencia es en la documentación depositada. Es importante revisar cuidadosamente los documentos presentados por los oferentes, toda vez que, aunque las empresas pretendan ocultar este tipo de prácticas, es posible que por descuido o confianza en que no serán descubiertas, cometan errores que exhiban dicha práctica. En este tenor, las propuestas pueden ser realizadas de manera conjunta por los oferentes bajo el manejo de una misma empresa o persona, lo cual puede conllevar a que las ofertas presentes tipografías, formatos o papelería idénticas o similares.

48 Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública, aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. P. 7. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

49 Ídem.

Asimismo, producto del acuerdo colusorio es probable que los documentos presentados posean información de otras empresas como puede ser dirección, número telefónico e inclusive el número de identificación, así como también es posible que se presenten errores de tipo ortográficos o de cálculos que sean idénticos o, que al realizar una oferta se presenten estimaciones de costos semejantes con relación a ciertos artículos.

En contraste con los indicadores anteriores, podemos encontrar una serie de conductas y afirmaciones que también pueden constituir indicios de que los proveedores se encuentran coordinando sus ofertas. Así pues, al momento de tener contacto con los oferentes, ya sea por medio escrito o hablado, es posible que algunos de estos hagan referencia o comparaciones con otros oferentes, e inclusive que apunten a que una determinada zona geográfica pertenece al otro proveedor o que este presentó una oferta complementaria.

De modo similar, es posible que los responsables de las contrataciones se enteren de que los proveedores han mantenido reuniones privadas con anterioridad a la presentación de sus ofertas o que estos realizan reuniones periódicas. Al respecto, la Corte Suprema de Chile determinó al condenar a los laboratorios Anderson y Fresenius por colusión en licitaciones públicas de medicamentos, que entre los ejecutivos de dichas empresas se llevaban a cabo reuniones en las cuales, de acuerdo con las actas que se levantaban, se comprobaron que estos acordaban los precios que presentarían en las licitaciones convocados por el Centro Nacional de Abastecimiento.⁵⁰

A partir de lo anterior, y tomando en consideración que probar la colusión implica demostrar la ejecución de prácticas coordinadas o conjuntas entre proveedores competidores, resulta esencial, a fines salvaguardar la libre competencia en el procedimiento de contratación, la capacidad de las unidades de compras para identificar y recolectar la mayor cantidad de pruebas necesarias para la comprobación los comportamientos anticompetitivos.

Luego de haberse expuesto los métodos tradicionales para la detección de los actos de colusión, y tomando en consideración la gran evolución que ha tenido la tecnología en las últimas décadas, se precisó hacer referencia a algún método electrónico de detección. Sobre este tema, María Campusano ha señalado que el desarrollo de las nuevas tecnologías que permiten analizar con facilidad grandes cantidades de datos e inclusive desarrollar programas de inteligencia artificial constituye una oportunidad optimizar los procesos de contratación y asegurar una mayor competencia en los mercados y que en ese tenor, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España se encontraba en fase de desarrollo de un sistema de recolección de datos que aunado con inteligencia artificial pudiera mejorar la detección de oficio de comportamientos anticompetitivos.⁵¹

50 Corte Suprema condena a laboratorios Sanderson y Fresenius por colusión en licitaciones públicas de medicamentos con multa total de US\$ 15 millones. Fiscalía Nacional Económica. 27 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-condena-a-laboratorios-sanderson-y-fresenius-por-colusion-en-licitaciones-publicas-de-medicamentos-con-multa-total-de-us-15-millones/>

51 Campuzano, Susana. "Inteligencia artificial y análisis Big Data para luchar contra prácticas anticompetitivas. Publicado en el español", EL Español, de fecha 24 de mayo de 2021. Disponible en: https://www.lespanol.com/invertia/disruptores-innovadores/politica-digital/espana/20210524/inteligencial-artificial-analisis-big-data-practicas-anticompetitivas/582941999_0.html

CONCLUSIÓN

Al finalizar concluimos que la contratación pública, además de ser un mecanismo para el aprovisionamiento de bienes, obras y servicios con fines públicos, también constituye un instrumento que tiene alto impacto en el desarrollo y la economía del país, toda vez en ella inciden una confluencia de factores normativos, económicos, políticos y sociales que comprenden que el Estado efectúe inversiones eficientes de los recursos públicos y alcance mejores condiciones de calidad y precio a la hora de contratar con entidades del sector privado.

En este escenario encontramos que, si bien los procesos de selección de contratistas deben caracterizarse por la libre competencia debido a que esta permite la adquisición de bienes y servicios de alta calidad a un menor precio, en la práctica, estos procesos se ven perjudicados por oferentes que realizan determinados comportamientos o prácticas anticompetitivas que obstaculizan que las compras públicas se lleven a cabo en un marco de libre competencia.

Tales prácticas consisten en la concertación de acuerdos tácitos o explícitos por parte de agentes económicos que persiguen impedir que la contratación pública se ejecute en un marco de competitividad, a los fines de generar mayor ganancia en provecho propio, a través del aumento de los costos de adquisición, o de la disminución de la calidad de los bienes y servicios que son requeridos por las institucionales estatales. Dichos acuerdos anticompetitivos se clasifican en horizontales o verticales, siendo los primeros aquellos llevados a cabo entre empresas que se encuentran en un mismo escalafón productivo, y los segundos, aquellos generados entre operadores económicos situados en distintos niveles de jerarquía. De manera particular, la colusión es una práctica anticompetitiva que se enmarca dentro del ámbito de la contratación pública, consistente en la coordinación tácita o explícita entre dos o más oferentes que participan en un proceso de selección de contratista convocado por la Administración contratante para no competir entre ellos, la cual genera daños económicos y sociales de gran envergadura tanto al Estado como al ciudadano, quien es el beneficiario final de la actividad contractual y administrativa.

Este tipo de práctica o coordinación se materializa a través de distintas modalidades, que entre las más comunes se encuentran la presentación de ofertas de resguardo o simbólicas, en la que el participante no tiene la más mínima posibilidad de resultar adjudicado por presentar precios temerarios en su oferta, o no cumplir con las especificaciones técnicas, pero que es propuesta con la finalidad de dar una apariencia de competitividad a un proceso en el cual los oferentes han acordado de forma previa un ganador. En contraste con la oferta de resguardo, la supresión de ofertas es aquella conducta en la que incurren empresas que, si bien son competidoras, se abstienen de presentar una propuesta, o retiran una oferta ya presentada para favorecer a una determinada empresa.

Por otro lado, encontramos prácticas colusorias consistentes en la distribución del mercado relevante entre las empresas, ya sea por geografía, por producto, o por tipo de clientes, con la finalidad de no competir entre ellas en procesos de contratación convocados para determinadas regiones o tipo de proveedores. De igual forma, es posible que las empresas competidoras acuerden rotar sus turnos para resultar ganadoras a través del tiempo o por institución contratante.

BIBLIOGRAFÍA

En adición a lo anterior, identificamos múltiples factores que hacen que las prácticas colusorias sean posibles y su ejecución sea más prolongadas en el tiempo, tales como: i) la concentración del mercado, según el cual es posible afirmar que a menor cantidad de empresas participantes u oferentes, mayores son las probabilidades de que se lleve cabo un acto colusorio; ii) la baja o nula participación de empresas emergentes provocada por la imposición de barreras de entradas o requisitos excesivos; iii) las compras repetitivas que permiten que las empresas conozcan como consecuencia de procesos previos los documentos y requisitos de la institución contratante; iv) la compra de productos con pocos sustitutos que implican que la institución contratante cuente con pocas opciones de proveedores o con pocas alternativas que puedan reemplazar el bien o servicio requerido, y; v) la aparición de asociaciones gremiales que facilitan que las empresas asociadas se reúnan y compartan información a los fines de manipular los procedimientos de selección.

En ese contexto, identificamos acciones preventivas que pueden ejecutar las instituciones contratantes encaminadas a disuadir que cualquier persona, física o jurídica, use su libertad de empresa para perjudicar la libre competencia en la contratación pública. Entre dichas acciones se encuentran: i) la recopilación de la información adecuada antes de convocar el procedimiento de contratación; ii) la maximización de oferentes; iii) la mejora de los criterios de evaluación y adjudicación; iv) la reducción de las relaciones entre oferentes, y v) la creación de consciencia sobre los riesgos de colusión.

En cuanto respecta a la detección de la colusión, esta no solo es posible mediante la identificación de patrones y señales de advertencia en la documentación depositada por los oferentes, tales como errores aritméticos, tipográficos o de cálculos iguales o similares, sino que también es posible su detección a través de afirmaciones sospechosas relacionadas a documentos confidenciales o estrategias comerciales de otros oferentes.

Para finalizar, es preciso indicar en muchas ocasiones la conducta colusoria no es posible deducirla a partir del análisis de un solo procedimiento de contratación, sino que su detección solo pudiera ser posible a partir de la reiteración de la conducta en el tiempo, y que en contraposición a los métodos de detección tradicionales antes mencionados, encontramos que debido a la evolución que ha tenido la tecnología en las últimas décadas algunos países han desarrollado sistemas electrónicos de alertas de colusión, inclusive con la inclusión de programas de inteligencia artificial.

Alarcón Peña, Andrea. "Origen y características del modelo de la economía social de mercado". Revista de Derecho Principia Iuris [en línea]. Tunja: Universidad Santo Tomás. 2017, vol. 14, No. 27, p. 98-117. ISSN. 0124-2067. Disponible en: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1403/1297>

Alvear Peña, Patricia. Derecho de correcciones del mercado: Derecho de la competencia y competencia desleal. Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. 2006. Disponible en: [https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/904/1/T419-MDE-Alvear Derecho%20de%20correcci%20n%20del%20mercado.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/904/1/T419-MDE-Alvear%20Derecho%20de%20correcci%20n%20del%20mercado.pdf)

Amiama Nelsen, Mirna J. "La competencia y la reforma a la Ley de contrataciones públicas de la República Dominicana". Con-Texto. Revista de Derecho y Economía [en línea]. Bogotá: 2019, núm. 52, pp. 161-193. ISSN: No encontrado. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01236458.n52.08>.

Anzures Gurriá, José Juan. "La libertad de empresa como derecho fundamental en México". Revista Jurídica Digital UANDES [en línea]. 2019, núm. 2 Vol.3, pp. 80-93. ISSN. 0719-7942 Disponible en: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/82>

Anzurre Gurria, José Juan. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". Cuestiones Constitucionales. México: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2010, núm.22, p. 11 Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>

Artaza V. Belmonte Parra, M., y Acevedo M. "El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo". Revista Ius Et Praxis [en línea]. Chile: 2018, vol. 24, núm. 2, pp. 549-592. ISSN: 0718-0012. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1159>

Ascanio Pacheco, Marilin. "Principios de la contratación pública en el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia", Revista Digital de Derecho Administrativo [en línea], Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2020, núm. 25, pp. 337-369. Disponible en <https://www.redalyc.org/journal/5038/503867013011/html/>

Baamonde Gómez, Laura. Estado regulador. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad [en línea]. Madrid: 2019 Núm. 17, ISSN 2253-6655 Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5030>

Balbin, Carlos. Manual de Derecho Administrativo, 3era Ed, Buenos Aires, Editorial La Ley S.A.E, 2015. ISBN: 978-987-3001-1

Barreto Moreno, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública. Estudio Jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá, Legis Editores S.A., 2019, p. 59. ISB: 978-958-767-859-8

EL NOVEDOSO PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN



Jaime Pintos Santiago¹

RESUMEN:

Repaso descriptivo con fines pedagógicos, orientadores y ejemplificador en el marco del Derecho comparado sobre el novedoso procedimiento de asociación para la innovación, con el fin de que este sencillo texto permita ser pauta, orientación y guía para el uso en otros ordenamientos jurídicos y que pueda dar lugar a interesantes resultados tras la aplicación de cada una de las fases previstas como reglas de general aplicación.

Abstract:

Descriptive review with pedagogical, orienting, and exemplifying purposes within the framework of comparative law on the novel procedure of association for innovation, so that this simple text can be a guideline, orientation, and guide for use in other legal systems and can lead to interesting results after the application of each of the phases foreseen as rules of general application.

Palabras claves:

Contratación pública, Derecho europeo, Derecho español, procedimiento, innovación.

Keywords:

Public procurement, European law, Spanish law, procedure, innovation.



¹ Abogado y consultor experto en contratación pública. Es Profesor Acreditado por la ANECA de Derecho Administrativo en la Universidad a Distancia de Madrid y director del Grupo de Investigación Contratación Pública e-estratégica i-ntegral y de la Cátedra del mismo nombre.



I. EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

El artículo 1, grupo 22), de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante DN) define la innovación como la introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

El procedimiento de “Asociación para la Innovación”, se introduce en el régimen jurídico español en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), como uno más junto a los ya existentes: abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo.

Como bien se señala en el preámbulo de la LCSP vigente, en concordancia con el considerando 49 de la Directiva 204/24/UE (en adelante DN), este nuevo procedimiento surge con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, y se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación. A estos efectos, pueden utilizarse las consultas preliminares del mercado, previstas en el artículo 115 de la LCSP.

Así los artículos 177 de la LCSP y 31 de la Directiva clásica, caracteriza la asociación para la innovación como el procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes.

La Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, perfila, en relación con este nuevo procedimiento, un proceso en el que, tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación.

Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación

y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante.

Procedimiento que también ha sido recogido como novedoso en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Su objeto es la transposición parcial a la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y dar transposición también parcial a la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

De este modo se introduce como novedad la regulación del procedimiento de asociación para la innovación, imponiéndose a las entidades contratantes la obligación de motivar la elección del procedimiento.

El nuevo procedimiento de asociación para la innovación, también para los sectores especiales o excluidos (comúnmente conocidos así en la doctrina) nace con la idea de fomentar el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado.

Se prevé su utilización y como recurso al que acudir cuando las soluciones que hay disponibles en el mercado no pueden dar satisfacción a una necesidad de una entidad contratante en determinados productos, obras o servicios innovadores y su ulterior adquisición y permite, como decíamos, a las entidades contratantes establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas a realizar este desarrollo y adquisición posterior, generando así el denominado “tirón comercial”.



El procedimiento que se perfila en la Directiva es el que sigue:

Tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación.

Este podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación.

Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre la entidad contratante y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios.

Generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante. A este esquema responde el artículo 87 del r Real Decreto-ley 3/2020, dedicado monográficamente a la regulación de este nuevo procedimiento, cuyo esquema desarrollado obedecería a la siguiente representación:
En el procedimiento de asociación para la innovación, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio que sirva de convocatoria de licitación.

En los pliegos de condiciones, la entidad contratante determinará la necesidad de un producto,

servicio u obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los participantes.

Asimismo, la entidad contratante podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios empresarios que realicen por separado actividades de investigación y desarrollo.

Solo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por la entidad contratante tras haber evaluado la información facilitada.

Las entidades contratantes podrán limitar el número de candidatos admitidos a presentar una oferta que serán invitados a participar en el procedimiento y los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio.

La asociación para la innovación tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre la entidad contratante y los participantes.

La asociación para la innovación deberá estructurarse en etapas sucesivas, siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras.
La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios, y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados.

A partir de dichos objetivos, la entidad contratante podrá decidir, al final de cada etapa, poner fin a la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de aquellos, siempre que la entidad contratante haya indicado en los pliegos de condiciones que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo.

Salvo que se disponga lo contrario, las entidades contratantes negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Durante la negociación, las entidades contratantes velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin las citadas entidades no facilitarán de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros.

Además, las entidades contratantes no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo y expreso de este.

I. Preparación del expediente a) Estructura b) Configuración y Seguimiento c) Régimen Jurídico d) Los Pliegos e) Valor Estimado	II.Licitación a) Anuncios b) Plazos c) Solicitudes de participación d)Proposiciones e) Negociación f) Mesa especial del procedimiento de asociación para la innovación
III. Adjudicación a) Selección de candidatos b) Adjudicación	IV. Ejecución y conclusión a) Adquisiciones derivadas del procedimiento b) Informes

Las negociaciones se podrán hacer en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación. En el anuncio que sirva de convocatoria de licitación o en los pliegos de condiciones, la entidad contratante deberá indicar si hará uso de esta opción.

Al seleccionar a los candidatos, las entidades contratantes aplicarán, en particular, criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y el desarrollo, y del desarrollo y aplicación de soluciones innovadoras.

En los pliegos de condiciones, la entidad contratante definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, la entidad contratante no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo expreso y específico de este último, que no podrá adoptar la forma de una renuncia general.

La entidad contratante velará también por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes etapas reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado.

El valor estimado de los suministros, servicios u obras adquiridos no será desproporcionado con respecto a la inversión para su desarrollo.

En definitiva, estamos ante un novedoso procedimiento y tema de estudio, que puede dar lugar a interesantes resultados tras la aplicación de cada una de las fases previstas como reglas de general aplicación, será cuestión de estar atentos y, porque no, ser parte activa de este avance normativo, procedimental y de gestión.

II. ESQUEMA COMPLEMENTARIO

PROCEDIMIENTO DE ASOCIACION PARA LA INNOVACIÓN

Esta es una herramienta de trabajo para orientarse y guiarse en la tramitación práctica de expedientes de asociación para la innovación



FASE III

Asociación con los Socios

- Estructura de la asociación para la innovación

FASE IV

Negociación y adjudicación de la asociación

- Adquisiciones derivadas del procedimiento de asociación para la innovación
- Configuración y seguimiento de la asociación para la innovación por parte del órgano de contratación.
- Informes

FASE I

Selección de candidatos

A. CONSULTAS PRELIMINARES (EN SU CASO)
(Artículo 115 LCSP)

OBJETIVO

- Preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento.

RESULTADO

- Emisión de Informe motivado que formará parte del expediente
- Publicación en el perfil de contratante
- Tener en cuenta, al elaborar los pliegos, que, de no ser así, dejar constancia de los motivos



B. PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE
(ARTÍCULO 177 LCSP)

- CERTIFICADO DE EXISTENCIA DE CRÉDITO (I) DOCUMENTO EQUIVALENTE QUE ACREDITE LA EXISTENCIA DE FINANCIACIÓN**
- FISCALIZACIÓN PREVIA DE LA INTERVENCIÓN** (En los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. General Presupuestaria)
- PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS** (Ténganse en cuenta las Particularidades señaladas en el artículo E77 LCSP).
- Determinar la necesidad** de un producto, **servicio u obra Innovadores**
- Justificar Que no se dispone del producto, servicio u obra en el mercado
- Descripción de los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores
- Definir las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad Intelectual e Industrial
- Ofrecer Información suficientemente precisa
- PRESCRIPCIONES TÉCNICAS**
- INFORME SERVICIO JURÍDICO**

C. SELECCIÓN DE CANDIDATOS
(ARTICULO 178 LCSP)

CONDICIONES 1

- Cualquier empresario puede presentar la solicitud para participar en el procedimiento
- Deberá proporcionar Información sobre los criterios objetivos de solvencia relativos a investigación y Desarrollo
- Capacitación en elaboración y aplicación de soluciones Innovadoras

SELECCIÓN

- El órgano de contratación podrá decidir crear la asociación para la Innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de Investigación y desarrollo.
- Sólo los empresarios a los Que Invite el órgano de contratación podrán presentar proyectos de Investigación e Innovación que respondan a las necesidades señaladas por el OC. Que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes
- Podrá limitarse el número de candidatos aptos para ser Invitados en el procedimiento (ver art. 162.2 LCSP, transcrito en nota al pie 1). con un mínimo de 3.

PLAZO MÍNIMO PRESENTACIÓN SOLICITUDES

- SARA 30** días a partir de la fecha de envío del anuncio
- NO SARA.** No Inferior a 20 días desde la publicación del anuncio en el perfil de contratante

FASE 2

NEGOCIACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA ASOCIACIÓN (ARTICULO 179 LCSP)

- Concluida la selección, el OC invita a presentar los proyectos
- Adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio (ver art 1.652 LCSP)
- Negociación con los candidatos seleccionados:
- Ofertas iniciales
- Ofertas ulteriores (en su caso)
- No se negocia:
- Oferta definitiva
- Requisitos mínimos
- Criterios de adjudicación
- Posibilidad de articular fases sucesivas, aplicando criterios adjudicación especificados en el PCAP, previa Indicación en pliegos y anuncios

PREVENCIONES DURANTE LA NEGOCIACIÓN

- Igualdad de trato a todos los licitadores
- No facilitar de forma discriminatoria Información Que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros
- Informar por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas todo cambio Que pueda producirse en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación, salvo los requisitos mínimos
- Otorgar tiempo suficiente para Que los licitadores puedan modificar y volver a presentar sus ofertas, motivadas por los cambios anteriores
- No se revelarán datos confidenciales comunicados por un candidato o licitador

FASE 3

ASOCIACIÓN CON LOS SOCIOS

ESTRUCTURA DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

- Fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e Innovación, que podrá Incluir:**
- La fabricación de los productos
- La prestación de los servicios
- La realización de las obras
- Fijar los objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios.
- Al final de cada fase, si se ha previsto en los pliegos
- Se podrá decidir resolver la asociación
- Reducir el número de socios, si son varios
- mediante la resolución de los contratos Individuales
- Ni la resolución de la asociación ni la reducción del número de candidatos dará lugar a Indemnización
- Queda a salvo la contraprestación que. en las condiciones establecidas en el pliego. corresponda por los trabajos realizados
- Proveer el pago de la retribución en plazos adecuados
- No se revelarán a otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales. sin acuerdo del socio afectado

FASE 4

ADQUISICIÓN DEL PRODUCTO RESULTANTE

ADQUISICIONES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN (ARTÍCULO 181 LCSP)

Finalizadas las fases de Investigación y desarrollo. el OC:

- Analizará si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados
- Resolverá lo procedente sobre:
- La adquisición del producto
- La prestación del servido
- La ejecución de la obra
- Las adquisición y prestaciones derivadas de la asociación para la Innovación se realizará en los términos establecidas en el PCAP.

Asociación con varios empresarios:

- La selección del empresario al que se deba efectuar la adquisición del suministro. ejecución de la obra o prestación del servido derivado, se realizará sobre las bases de los criterios objetivos que se hayan establecido en el PCAP
- Posibilidad de prestaciones sucesivas sobre la base de la adquisición del suministro. ejecución de la obra o prestación del servido derivada:
- Durante un periodo máximo de 4 años a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros correspondientes.

CONFIGURACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN POR PARTE DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN (ARTICULO 182 LCSP)

El Órgano de contratación

- Velará por que la estructura de la asociación y. en particular. la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de Investigación y de Innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado.
- EL valor estimado de los suministros. sentidos u obras no será desproporcionado con respecto a la Inversión necesaria para su desarrollo

INFORMES (ARTÍCULO 336 LCSP)

1. Los órganos de contratación redactarán un Informe escrito sobre cada contrato de obras, suministros o1 servidos o acuerdo marco, fletes a regulación armonizadas, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, que Incluya al menos lo siguiente:
 - b) En su caso. los resultados de la selección cualitativa y/o la reducción del número de ofertas y de soluciones. de conformidad con lo establecido en la presente Ley para los procedimientos restringido. de licitación con negociación. de diálogo competitivo. y de asociación para la Innovación. concretamente:
 - Los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y los motivos que justifican su selección,
 - Los nombres de los candidatos o licitadores excluidos y los motivos que justifican su exclusión; (..)
2. El informe. o sus elementos principales, se remitirán a la Comisión Europea o al Comité de cooperación en materia de contratación pública regulado en el artículo 329 LCSP. cuando lo soliciten. (...)

BIBLIOGRAFÍA

Alba Pacheco, Marta, “El procedimiento de asociación para la innovación, Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados”, Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, N.º. Extra-1 (mayo), 2018 (Ejemplar dedicado a Innovación: una obligación de la Administración del S.XXI), págs. 68-79.

Batet, María Pilar, “¿Te atreves a hacer un contrato de asociación para la innovación?... ¡Es posible!”, Nosoloaytos, blog oficial de Víctor Almonacid, marzo 2019. Disponible en: ¿TE ATREVES A HACER UN CONTRATO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN?... ¡ES POSIBLE!

Batet Jiménez, P., “El nuevo contrato de asociación para la innovación”, Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, ISSN 1579-3036, N.º. 131, 2014, pág. 74

García García, M.Á., “La Universidad sujeto de la asociación para la innovación”, Revista española de la función consultiva, N.º. 23, 2015, págs. 161-185.

Gómez Guzmán, J.C., “Asociación para la innovación”, en Campos Acuña, María Concepción (Dir.) La nueva contratación pública en el ámbito local: claves para una contratación electrónica y transparente, Wolter Kluwers, 2018.

Gómez Guzmán, Juan Carlos, “Defunción de la asociación para la innovación”, Auditoría de costes y precios de contratos, febrero 2019. Disponible en: DEFUNCIÓN DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

Herce Maza, José Ignacio, “La asociación para la innovación desde la óptica de la buena Administración (II): La asociación para la innovación”, Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, N.º. 18, 2019, págs. 109-174. Disponible en: LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN (II): LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

Herce Maza, José Ignacio, “La innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: El papel de la asociación para la innovación”, Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, N.º. Extraordinario, marzo 2019, pp. 335-360. Disponible en: LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

Marcos Matías, Fernando Pablo y Tomé Domínguez, Paula María, “La Asociación para la Innovación”, en Terrón Santos, Daniel (Dir.), Domínguez Álvarez, José Luis (Coord.) y Tomé Domínguez, Paula María (Coord.). Manual de contratación del sector público, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, págs. 351-366.

Rodríguez Beas, Marina, “El procedimiento de asociación para la innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: oportunidades e incertidumbres”, Revista General de Derecho Administrativo, N.º 52, Iustel, octubre 2019. Disponible en: EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: OPORTUNIDADES E INCERTIDUMBRES.

Rodríguez Beas, Marina, “La asociación para la innovación como procedimiento de adjudicación de la Directiva 2014/24/UE a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, Revista Administrativa de la Abogacía. 2018 (1): 5-19. Disponible en: LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN COMO PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE A LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Rodríguez Beas, Marina, “La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación”, Cuadernos de derecho local, Número 39, 2015, págs. 141-161



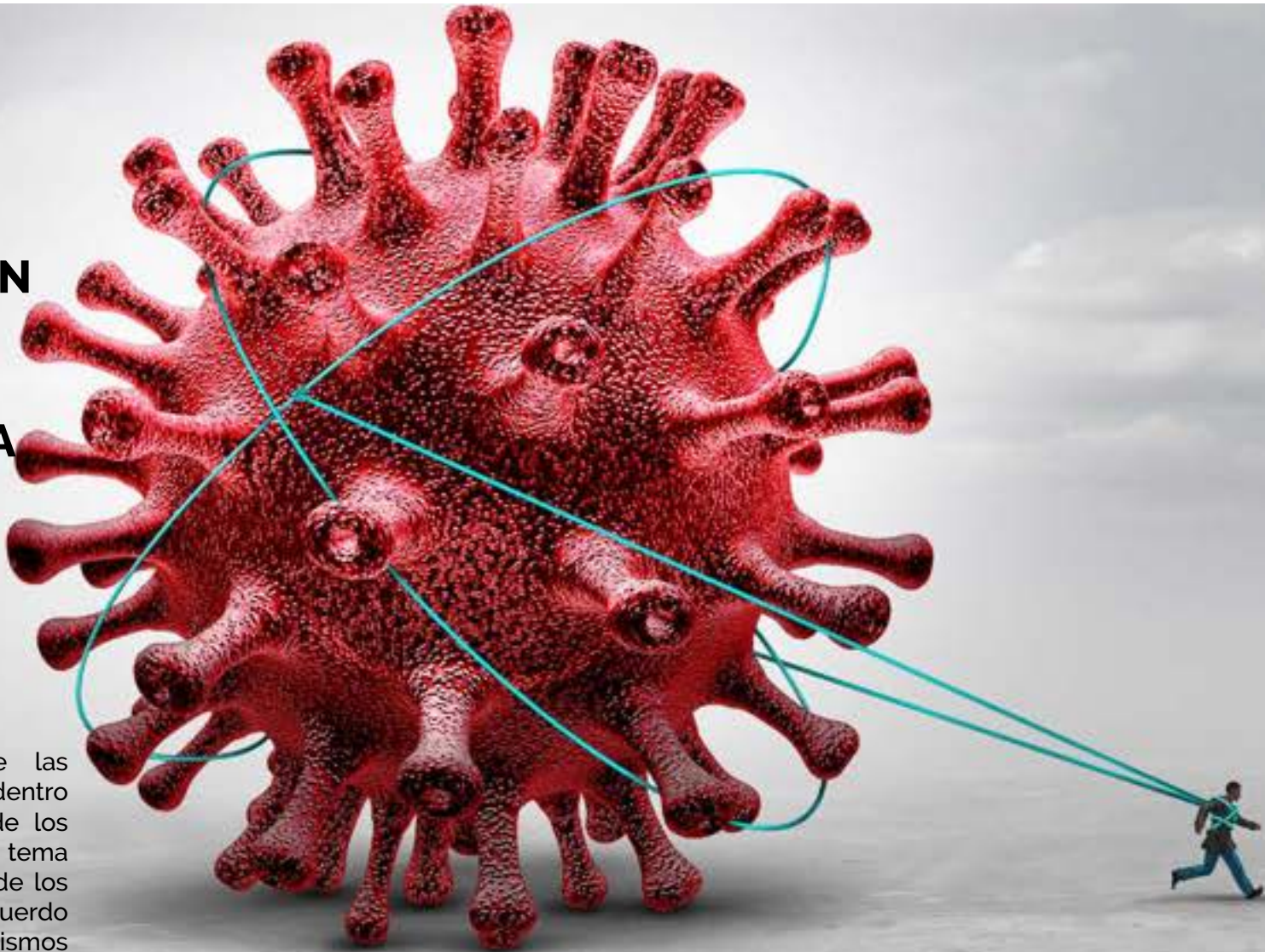
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS ENSEÑANZAS DE LA PANDEMIA Y LA GUERRA RUSIA - UCRANIA

Ing. Juan Oscar Luna¹

RESUMEN

La compra pública, una de las herramientas más importantes dentro de la gestión gubernamental de los Estados ha sido siempre un tema controvertido en cuanto al uso de los recursos y su impacto. De acuerdo con los informes de organismos

¹ Juan Oscar Luna es ingeniero metalúrgico y consultor internacional en compras públicas. Durante diez años ejerció el cargo de director nacional de la Oficina Nacional de Contrataciones, Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional en la República Argentina.



internacionales expertos en la materia, los resultados a nivel general distan mucho aún de ser óptimos, salvo excepciones puntuales, y solamente en algunos temas en particular. La emergencia generada por la pandemia y posteriormente la conmoción mundial por el inicio de la guerra Rusia-Ucrania produjeron alteraciones en los mercados que resaltaron las carencias mencionadas, ocasionando serios inconvenientes que afectaron la operatividad y por ende el abastecimiento, con consecuencias graves, muchas veces con desenlaces fatales. Es necesario que los gobiernos consideren a la compra pública una política de Estado, asuman la responsabilidad de su profesionalización y acompañen los cambios que exigen las nuevas condiciones de los mercados.

Palabras Claves: compra pública - pandemia - cadena de suministro - globalización - resiliencia - guerra.

Abstract

Public procurement, one of the most important tools within the government management of States, has always been a controversial issue in terms of the use of resources and its impact. According to reports from international expert organizations in the field, the results at a general level are still far from optimal, except for specific exceptions, and only in some topics. The emergency generated by the pandemic and later the global commotion caused by the start of the Russia-Ukraine war, produced changes in the markets that highlighted the deficiencies, causing serious inconveniences that affected the operability and therefore the supply, with profound consequences, many times with fatal outcomes. Governments need to consider public procurement a state policy, assume responsibility for its professionalization and accompany the changes required by the new market conditions.

KeyWords: public procurement - pandemic - supply chain - globalization - resilience - war.



UN MUNDO DIFERENTE

La conclusión del documento del Banco Mundial de octubre de 2021, *Recobrar el crecimiento: Reconstruyendo economías dinámicas pos-COVID-19 con restricciones presupuestarias*, es que “América Latina y el Caribe atraviesan por un momento verdaderamente difícil. La COVID-19 se ha cobrado innumerables vidas y ha dejado secuelas que se traducen en un aumento de la pobreza, la pérdida de capital humano, el endeudamiento de las empresas y la sobrecarga de los presupuestos públicos”.²

Asimismo, este informe expresa que el crecimiento antes de la COVID-19 ya era demasiado lento para avanzar en las problemáticas sociales de la región y que se nota más débil aún en la salida de la crisis, por lo que el objetivo es “sentar las bases de un crecimiento más dinámico, sostenible e incluso en un contexto de recursos presupuestarios muy limitados, bajo la consigna de hacerlo mejor con menos”.³ Dentro de esta consigna cumple un rol fundamental la compra pública, porque los resultados serán acordes al modo en que se ejecuten estos recursos.

Los años críticos de la pandemia pasaron y hoy el mundo vive una situación más estabilizada gracias a las vacunas, pero quedaron las consecuencias de dos años muy atípicos que afectaron tanto la salud de la población como la actividad económica de los países. Por otro lado, el año 2022 convulsionó nuevamente a la humanidad por el comienzo de la guerra Rusia-Ucrania que –si bien la acción está localizada– genera un ambiente de incertidumbre generalizada a nivel mundial que afecta el abastecimiento y las cadenas de suministro de todos los países.

El mundo está conmocionado y toda esta crisis afecta significativamente a América Latina y el Caribe: falta de insumos, dificultades para importar, alta inflación, problemas sociales con crecimiento constante de los índices de pobreza.

Esta situación de crisis mundial no ocurría desde la Segunda Guerra, con el agravante de que, en la actualidad, el fenómeno de la globalización encontró un mundo mucho más interconectado y, por lo tanto, más dependiente del transporte y las comunicaciones para mantener la cadena productiva. A este contexto de emergencia, se le sumaron las crisis económicas que ya atravesaban muchos países de la región –carentes en su mayoría de normas o reglas concretas para gestionar en la nueva realidad– lo que generó situaciones por demás conflictivas ante el protagonismo que adquirieron las compras públicas para satisfacer las necesidades inmediatas que requería la situación reinante.

La carencia de normas claras para proceder ante el evento, agravado por la poca previsibilidad para gestionar en esas circunstancias, dio origen a todo tipo de procedimientos para la obtención de los recursos críticos. Contratos sin competencia, falta de transparencia,

sobrecostos, flexibilización de los estándares de calidad, falta de controles y especificaciones deficientes fueron los hallazgos que surgieron de los análisis realizados por distintos medios y por informaciones periodísticas.

En el inicio de la pandemia, solamente el 40 % de los países de la región contaban con procedimientos para comprar por emergencia o que asignaban discrecionalidad a los funcionarios para aplicar exclusiones a la aplicación de la normativa.⁴ Por el lado del mercado, el estado caótico producido por la pandemia ocasionó la disrupción de las cadenas de abastecimiento debido al aislamiento, el exceso de demanda, las dificultades con la logística, innumerables recursos humanos afectados por la enfermedad e incluso bajas por fallecimiento, el desconocimiento de aquellos proveedores no acostumbrados a abastecer al Estado e incluso la negativa a abastecerlo.

Para entender este proceso y el porqué de las dificultades surgidas en este ámbito, es necesario analizar la evolución de la compra pública en el tiempo, especialmente en América Latina y el Caribe, y el estado de cosas en el momento de la pandemia.

UN POCO DE HISTORIA

La compra pública fue considerada en sus orígenes como un trámite más, netamente burocrático, para satisfacer necesidades públicas de responsabilidad del Estado y para el funcionamiento del mismo; operó durante mucho tiempo como un rudimentario procedimiento para gastar exento de profesionalidad.

Hacia fines del siglo pasado, y como consecuencia del acelerado desarrollo de las comunicaciones y del comienzo de los

2 Banco Mundial. Recobrar El Crecimiento. Reconstruyendo Economías Dinámicas Pos-Covid-19 Con Restricciones Presupuestarias [En Línea]. Washington Dc, Octubre De 2021. 61. Disponible En: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36331/211806sp.pdf> [Consultado El 22 De Noviembre De 2022]

3 Ibid.

4 Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe [en línea]. Reunión Regional Sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe. Quito, Ecuador 15 y 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.sela.org/es/eventos/e/39637/reunion-regional-sobre-sistemas-de-compras-publicas-en-alc> [consultado el 23 de noviembre de 2022].

procesos de modernización de los Estados en toda la región –incentivado por las instituciones multilaterales de crédito a través de condicionalidades para el otorgamiento de ayuda financiera–, la compra pública comenzó a tener protagonismo propio, merecido y acorde con su importancia. Llegó su institucionalización a través de la constitución de los llamados órganos rectores y, luego, a través de la gestión de estos, se iniciaron los desarrollos de métodos de difusión de la información para dar a conocer al ciudadano cómo y en qué se gastaban los recursos generados por el pago de sus impuestos.

Este cambio de perspectiva respecto del concepto de la compra pública continuó, aunque no con la intensidad y concreción de objetivos que ameritaba; pero, pasadas estas décadas, fueron evidenciándose cada vez más muestras de evolución, fundamentalmente por los desarrollos teóricos de las innovaciones y no tanto como resultados concretos que mostraran impactos significativos acordes con lo esperado.

De esta manera, se fue evolucionando en cuanto a la consideración de la importancia de la transparencia de los actos. Esto se manifestó primero como objetivo planteado en la elaboración de nueva normativa prácticamente en todos los países de la región y luego, con la ayuda de internet, en la implementación de sistemas que facilitaron la gestión y la difusión de la información. Los avances posteriores se centraron en la sistematización de los procesos para su gestión en línea, permitiendo el envío de las ofertas *online* y la publicación automática de la información pertinente.

Si bien con el paso de los años se ha logrado una mayor concientización, no ha existido una evolución tecnológica acorde ni se ha logrado establecer una base firme de profesionalización de los recursos humanos, por ende, la gestión

aún dista mucho de ser eficiente, con algunas excepciones.

Un documento del Banco Mundial denominado *Benchmarking Public Procurement (2017)*,⁵ que refleja un estudio de la economía de 180 países, menciona que sigue habiendo una gran brecha entre las economías que aún no tienen un portal en línea dedicado a la contratación pública y otras economías que tienen plataformas sofisticadas de *e-procurement* que ofrecen una gama de servicios.

A nivel mundial, veintiséis de las 180 economías medidas no tienen un portal electrónico específicamente dedicado a compras públicas y, en América Latina y el Caribe, de 30 economías estudiadas en la región, 3 no publican ninguna información relacionada con adquisiciones más allá de sus leyes de adquisiciones, mientras que solo 13 ponen toda la información relacionada con adquisiciones a disposición de los proveedores.

Además, en estos últimos años, la contratación pública adquirió un protagonismo adicional, dado que pasó a ser un medio para el desarrollo, la generación de fuentes de trabajo, la inclusión social, la paridad de género y el cuidado del medio ambiente.

Los primeros incentivos que otorgó la compra pública estuvieron relacionados con el desarrollo y creación de fuentes de trabajo a través de preferencias otorgadas a las pequeñas y medianas empresas. Las crisis económicas acaecidas en los países de la región hicieron que se pensara en los más necesitados, y en algunos Estados se implementaron ayudas a estos sectores a través de la compra pública, creando cooperativas o compra a sectores de la economía informal representada por pequeños productores.

También la compra pública asumió un papel destacado en el cuidado ambiental y en los temas de género en un mundo cada vez más comprometido con el medio ambiente, en donde existían obligaciones que cumplir y donde la compra pública podía aportar.

En este sentido, el punto 7 de la proclama de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, expresa, entre otras cosas, que “los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”.⁶

Asimismo, el punto 8 del citado documento destaca que “para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas”.⁷

Más adelante, el punto 20 precisa: “Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible”.⁸

Así, el desarrollo sustentable y la paridad de género fueron los otros desafíos que asumió la contratación pública.

Sin embargo, todas estas “responsabilidades” de la compra pública, si bien se vienen manifestando hace ya varios años, en realidad, como se ha mencionado, no han tenido los resultados que se esperaban. Las normas y las intenciones en general están, pero en la práctica no se vislumbran efectos de

impacto significativo, salvo casos puntuales en algunos países y en algunos emprendimientos particulares.

Es importante señalar, por ejemplo, que, uno de los principales motivos de la reticencia de los proveedores a cotizarle a los Estados –y, por lo tanto, de las dificultades de estos para obtener productos de buena calidad a precios de mercado– es el atraso en los pagos. Las demoras son comunes en todas las regiones y los pagos son oportunos en solo un tercio de las economías medidas. Por ejemplo, de acuerdo con las estadísticas del mencionado estudio del Banco Mundial, *Benchmarking Public Procurement (2017)*, en siete de las economías estudiadas los proveedores deben esperar más de seis meses para recibir el pago de las entidades compradoras.

Asimismo, en este documento se menciona que “la información global sobre el mercado de contratación pública es escasa, que no hay estadísticas confiables sobre su magnitud y que casi siempre los datos son solo de la ciudad más grande en cada país, que puede no ser la capital”.⁹

Dentro de todo este contexto, cabe mencionar también que, a pesar de lo señalado, y de su importancia como herramienta para el cumplimiento de estas políticas públicas, en general, el tratamiento del tema no ha sido ni es prioritario para los diferentes gobiernos, cuando en realidad debería ser considerado como una política de Estado.

6 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 [en línea]. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm> [consultado el 22 de noviembre de 2022].

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Banco Mundial. *Benchmarking Public Procurement (2017)*, ob. cit. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS ENSEÑANZAS DE LA PANDEMIA Y LA GUERRA RUSIA- UCRANIA •

5 Banco Mundial. *Benchmarking Public Procurement (2017)* [en línea]. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/121001523554026106/Benchmarking-Public-Procurement-2017-Assessing-Public-Procurement-Regulatory-Systems-in-180-Economies.pdf> [consultado el 22 de noviembre de 2022]. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS ENSEÑANZAS DE LA PANDEMIA Y LA GUERRA RUSIA- UCRANIA •

Puede decirse sin temor a equivocación que la compra pública en América Latina y el Caribe aún es una asignatura pendiente que exige seguir trabajando en los objetivos descritos, pero mostrando impactos reales que se reflejen en el bienestar general de la ciudadanía.

En este estado de cosas, surgió la pandemia. Las organizaciones reaccionaron de distintas formas, pero, entre las dificultades administrativas del sector público y la operatividad restringida del mercado, los problemas en el abastecimiento fueron caóticos.

También es necesario añadir que, en épocas normales, la falta de conexión con el mercado en el momento de generarse la necesidad siempre ha sido una particularidad de la compra pública. La carencia de profesionalismo existente en general y el trato de la gestión de compra como un expediente administrativo han generado la errónea rutina de elaborar el requerimiento solo basado en una repetición de una compra anterior o en formular las especificaciones sin un análisis previo de la disponibilidad en el mercado e incluso sin la seguridad de que lo que se pide exista.

Es decir, se solicita y se sale a comprar desconociendo disponibilidades, alternativas, condiciones, innovaciones, estacionalidades, escasez, usos y costumbres. Es así como se programan productos obsoletos, o cantidades que el mercado no está en condiciones de ofrecer, o se establecen plazos de entrega que tampoco son viables y hasta se desconocen las fuentes idóneas para el abastecimiento. Estos mismos problemas, acrecentados significativamente, aparecieron durante la pandemia, donde la necesidad de todo era inmediata.

Siendo este proceder clásico de épocas normales, es de imaginar lo que ocurrió cuando estos requerimientos pasaron a ser compras por emergencia.

Por el lado del mercado, siempre han existido acontecimientos que dificultaron el normal abastecimiento tanto en el sector público como en el ámbito privado, tales como problemas laborales, incumplimientos de proveedores, inestabilidad política, problemas climáticos, pero estas son dificultades acotadas y puntuales.

El caso de la pandemia y posteriormente la guerra Rusia-Ucrania fueron sucesos de repercusión en todo el planeta que generaron gran incertidumbre e imprevisibilidad sobre su final, por lo que ocasionaron graves situaciones de falta de alimentos, de elementos sanitarios, de medicamentos y hasta de vacunas, que afectaron la salud de la población al punto de tener que lamentar vidas humanas.

En un artículo del diario Clarín del 7 de junio del 2020, de Gabriela Samela, se afirmaba que nada sería igual el día que el coronavirus pasara. Según lo expresado a Samela por Ezequiel Kiecckier, socio fundador de la consultora Olivia, las empresas pueden dividirse en tres grupos: “las que esperan que todo vuelva a la normalidad para aplicar el acelerador, las que esperan que llegue la nueva normalidad para adaptarse y las que diseñan esa nueva normalidad”.¹⁰

En el caso del sector público, ¿se optará por alguna de estas alternativas? ¿O todo seguirá como antes?

10 Samela, Gabriela. “Creatividad y resiliencia: las habilidades más valoradas para afrontar la ‘nueva normalidad’” [en línea]. En diario Clarín, 7 de junio 2020. Disponible en: https://www.clarin.com/economia/creatividad-cambio-resiliencia-habilidades-valoradas-nueva-normalidad-_O_BglR9A_nl.html [consultado el 22 de noviembre de 2022].

UN INFORME DEL BANCO MUNDIAL DE JUNIO DE 2022 INDICA:

*Las complejas condiciones económicas mundiales, están afectando el crecimiento en América Latina y el Caribe. La guerra en Ucrania está teniendo efectos considerables en la región a través del alza de precios de los productos básicos y el debilitamiento del crecimiento mundial. Los ingresos por exportación y la situación fiscal de algunos países exportadores de productos básicos regionales se están beneficiando, pero los efectos económicos positivos se ven contrarrestados por el aumento de los precios al consumidor, una confianza más débil y el aumento de las tasas de interés nacionales y mundiales.*¹¹

Además, el documento expresa lo siguiente:

*La inflación ha aumentado muy por encima de las metas de los bancos centrales en muchos países de América Latina y el Caribe y ha ejercido presión financiera sobre los hogares. Las medidas generales para enfrentar la inflación, así como los precios de los alimentos y los combustibles, se han acelerado rápidamente. En respuesta, las autoridades monetarias han subido significativamente las tasas de interés oficiales y han indicado que se producirán nuevos aumentos.*¹²

Todos estos hechos influyeron de manera importante en las contrataciones públicas, distorsionando la operatoria normal del mercado, lo que dificultó la obtención de bienes y servicios en tiempo y forma, y dilató la ejecución de obras de infraestructura. La escasez de insumos y los procesos inflacionarios fueron los mayores responsables de aquello, teniendo en cuenta las limitadas herramientas de los Estados para afrontar este tipo de inconvenientes.

LA OPORTUNIDAD DEL CAMBIO

En este sentido, el documento Instituciones resilientes para una recuperación transformadora postpandemia en América Latina y el Caribe. Aportes para la discusión, (CEPAL), concluye que “la complejidad de la pandemia y de las crisis que están por venir, ya sean las sanitarias o las originadas por el cambio climático, exige que haya un cambio profundo en el funcionamiento de las instituciones del Estado en el nivel nacional, subnacional y local, y entre esos niveles”.¹³

Ahora bien, todos estos acontecimientos exigen un análisis de lo que pasó en el mundo y obligarían a replantear ciertos temas a la luz de las experiencias vividas. Uno de ellos es la consecuente disrupción de las cadenas de suministros y cómo otorgar más flexibilidad a la operación.

Estas disrupciones estuvieron originadas en su mayor parte por el encarecimiento de las materias primas, la escasez de determinados componentes y materiales, el aumento del precio de los transportes, los retrasos en la llegada de productos, las dificultades en la gestión con los proveedores y la dificultad para encontrar profesionales.

11 Banco Mundial. Perspectivas económicas mundiales: América Latina y el Caribe [en línea] junio 2022. Disponible en: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/18ad707266f7740bced755498ae0307a-0350012022/related/Global-Economic-Prospect-2022-Regional-Highlights-LAC-SP.pdf> [consultado el 30 de noviembre de 2022].

12 Ibid.

13 CEPAL. XVIII Reunión del Consejo Regional de Planificación del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). Instituciones resilientes para una recuperación transformadora postpandemia en América Latina y el Caribe. Aportes para la discusión. Reunión virtual, 19 a 21 de octubre de 2021, 36. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47316/1/S2100383_es.pdf [consultado el 23 de noviembre de 2022].



Ante esta compleja realidad, en la que se ve afectada la red de abastecimiento mundial, las empresas han comenzado a elaborar estrategias concretas para compensar el impacto, a través de un redireccionamiento de las políticas de suministro de materias primas o componentes.

El sector público, que sufre y ha sufrido estas carencias, necesita adoptar estas estrategias, no solamente para enfrentar los cambios actuales, sino para actualizarse ante el atraso que ostenta con respecto a lo que es el mercado en general.

Es así como los Estados deberán intensificar sus políticas de sostenibilidad ya en proceso, mejorar sus sistemas de planificación

(carencia esta muy importante desde hace mucho tiempo), utilizar modelos de proximidad, prever políticas de suministro alternativas ante contingencias como las sufridas, trabajar en la logística mejorando los transportes, y revisar y optimizar todas sus previsiones de demanda. Todos estos temas hoy son críticos en la compra pública y demandan atención.

El objetivo principal debe ser fortalecer las cadenas de suministro, para lograr un abastecimiento acorde a los requerimientos y poseer medios alternativos para lograrlo ante emergencias como la vivida.

Esta transformación no solo es una oportunidad para asegurar la resiliencia y promover la modernización de las cadenas de suministro, sino que debe verse como un desafío para adaptarse a una demanda volátil y a un entorno geopolítico inestable como el actual.

Por su parte, María Rey-Marston, directora de Cadena de Suministro & Operaciones de Accenture, afirma que con lo ocurrido en la pandemia el modelo logístico cambió definitivamente y que es necesario cambiar la cadena de suministros. Manifiesta que “uno de los mayores aprendizajes que dejó la pandemia es que el modelo de cadena de suministro debe evolucionar hacia la adopción de las redes de abastecimiento, ya que cuando las organizaciones tienen una arquitectura de red se vuelven mucho más sostenibles, resilientes y resistentes”.¹⁴

Esto es necesario, sostiene Rey-Marston, ya que “las organizaciones no están preparadas para enfrentar los riesgos operacionales ante las contingencias ni tampoco tienen previstas alternativas de proveedores secundarios”¹⁵ y que “según una encuesta de la firma global hecha a 3000 líderes de cadena de suministro, menos del 29 % de las empresas cuenta con un *plan de continuidad ante una disrupción de esta*”.¹⁶

La pandemia demostró la importancia de estos planes de continuidad para dar soluciones alternativas ante el surgimiento de crisis como las que nos toca vivir. El método más eficaz y proactivo para gestionar el riesgo en la cadena de suministros es elaborar planes de continuidad sólidos, que sirvan de base para un plan de continuidad de la cadena de carácter global.

Las cadenas de suministro mundiales han dado muestras de ser frágiles ante una perturbación sin precedentes. También, a raíz de los hechos acaecidos, el concepto de globalización se ha visto afectado, aunque las opiniones sobre la magnitud del impacto están divididas. Mientras que hay quien predice que se avecina el fin de la globalización, otros mencionan que estas afirmaciones son exageradas.

Estas consideraciones son importantes, dado que su incidencia sobre el abastecimiento es fundamental y, por lo tanto, afecta significativamente a la compra pública. Por eso, los gobiernos, en los diseños de sus políticas públicas, y por consiguiente en sus programas de abastecimiento, deberían considerar a futuro estas nuevas condiciones del mercado.

En un artículo publicado en el diario *Clarín* (República Argentina) en mayo del 2022, titulado “¿Adiós a la globalización?”, Silvio Waisbord, director de la Escuela de Medios y Asuntos Públicos de la George Washington University, sostiene que “según los escépticos, la reavivación de conflictos geopolíticos pinta un futuro incierto sobre la globalización”. Para ellos, afirma él, “la economía global se deshilacha con la posibilidad de escenarios sombríos: incremento colosal del precio del petróleo, inflación, cadenas de suministros golpeadas por la guerra y la pandemia”.¹⁷ Sin embargo, Waisbord considera que “estos pronósticos son apurados y ligeros, así como lo fueron los vaticinios rebosantes de optimismo sobre las maravillas de la globalización hace tres décadas”.¹⁸

Como justificativo de estas afirmaciones, el autor del artículo asegura que “desglobalizar es difícil cuando las principales economías del mundo –Estados Unidos, China, y la Unión Europea– están hiperconectadas” y que “las conexiones son la columna vertebral de la economía mundial: cadenas de suministro, flujo de capitales, operaciones financieras”.¹⁹

También explica Waisbord que “la globalización implica un entramado de múltiples niveles donde los cambios bruscos tienen repercusiones sísmicas en industrias, empleo, y bienes de consumo a nivel global”.²⁰

Por otra parte, Paolo Gerbaudo, en su trabajo “Adiós a la globalización, llegan las economías de doble circulación”, del 19 de mayo del 2022, expresa:

Asistimos a una fase de auténtica desglobalización, una fase de convulsión

15 Ibid.

16 Ibid.

17 Waisbord, Silvio. “¿Adiós a la globalización?” [en línea]. En diario Clarín, 18 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/-adios-globalizacion_o_xNoysHrSyB.html?gclid=CjwKCAiA68ebBhB-EiwALVC-Ni1SLBDJvzEO02h1r11GQ0Rs6FkNoxN48z690RdcSp6SHG3lalBwhoCyxUQAvD_BwE [consultado el 22 de noviembre de 2022].

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Ibid.

14 Maubert, Ilse. “Estrategias de María Rey-Marston para transformar a la supply chain”. En The Logistics World [en línea], 29 de junio de 2021. Disponible en: <https://thelogisticsworld.com/planeacion-estrategica/estrategias-de-maria-rey-marston-para-transformar-a-la-supply-chain/> [consultado el 23 de noviembre 2022].

mundial que, al menos a mediano plazo, parece destinada a traducirse en una reducción de la interconexión mundial: las cadenas logísticas se acortan, las empresas ponen en marcha procesos de re-localización y regionalización de sus actividades económicas, y los gobiernos intervienen cada vez más en la esfera económica, a menudo precisamente para protegerla de las tormentas globales.

Sin embargo, no se trata solo de un cambio debido a las tendencias económicas, sino que también hay decisiones políticas concretas detrás. (...)

El ejemplo más claro es China, cuyo 14º plan quinquenal (2021-25) se ha centrado en la estrategia de doble circulación con el objetivo de invertir más en la economía nacional. (...)

Este es el espíritu con el que se desarrolló Bidenomics, el plan de política económica de Joe Biden para la Casa Blanca. El presidente ha puesto en marcha una estrategia denominada Made in America, cuyo objetivo es canalizar 400.000 millones de dólares al año en contratos del Gobierno estadounidense hacia productos y servicios de empresas estadounidense.²¹

En relación con estos conceptos, el documento elaborado por la CEPAL anteriormente citado destaca lo siguiente:

En una época de incertidumbre y de cambios profundos y constantes, prepararse para las crisis futuras, así como identificarlas y gestionarlas adecuadamente, requiere que los sistemas políticos exploren el horizonte y se abran ante los problemas latentes o incipientes. Un déficit claro de la política es la cortedad de miras de sus programas, el tratamiento de los síntomas en lugar de las causas, y la ejecución de acciones centradas en el presente a costa de las generaciones futuras, entre otros factores.²²

El mundo se está transformando, se deberá asistir a cambios significativos en sus operaciones y la transición será compleja, dado que requerirá modificaciones relevantes en sus formas de operar que necesitarán un tiempo para estabilizarse.

Las organizaciones públicas deberán participar de estos cambios y reformular sus operaciones. En el caso particular de la compra pública, es necesario establecer políticas que ayuden verdaderamente a esta transformación, fijando prioridades en las políticas de gobierno para su consideración, que permitan superar los enunciados y transformarlos en hechos concretos y donde los índices de las estadísticas muestren mejoras reales en cuanto a la disminución de la pobreza, el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas que reduzcan la desocupación e incrementen las exportaciones, así como una mayor participación de las mujeres en las empresas que abastezcan a los Estados y el cumplimiento de todas las obligaciones contraídas para lograr países sustentables.

Ante el surgimiento de una nueva emergencia como la de la COVID 19, los países no deberían encontrarse con las mismas precariedades de gestión. Las dificultades que han quedado en evidencia durante la pandemia son, como se ha explicado, consecuencia de años de mala gestión en las compras y contrataciones públicas en épocas normales.

Ahora los países han adoptado medidas extraordinarias para salir de la crisis en la que los sumergió la pandemia donde la compra pública es parte del proceso.

En el caso de España, por ejemplo, según José Manuel Martínez Fernández,²³ “el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

prevé una inversión de 72.000 millones entre los años 2021 y 2023, provenientes del Fondo para la Reconstrucción de la Unión Europea. Una buena parte de ese dinero se gestionará mediante contratos públicos”. Asimismo, por lo mencionado anteriormente, se apunta a “desterrar la corrupción, y orientar los contratos que se celebren para coadyuvar a las políticas comunitarias en materia social, medioambiental, de innovación y de fomento de las pymes. Se trata no de gastar más, sino de gastar mejor”.²⁴

En este contexto, cobra especial relevancia el análisis realizado por el Banco Mundial en el informe mencionado al inicio de este trabajo:

Las ineficiencias estimadas en la contratación pública, la Administración pública y las transferencias para fines concretos en América Latina y el Caribe representan una cantidad promedio de gasto ineficiente del 4,4 % del PIB –mayor que el gasto promedio actual en salud y casi igual que el gasto promedio en educación– y representa alrededor del 16 % del gasto promedio del Gobierno. La contratación pública de bienes, servicios y bienes de capital representa, por término medio, el 30 % del gasto y es, con frecuencia, una fuente de despilfarro, mala gestión y, en algunos casos, corrupción. El gasto ineficiente debido a sobornos y presupuestos inflados parece ser enorme: alrededor del 26 % sobre el costo de los proyectos. Las simulaciones del Banco Mundial estiman un ahorro de entre el 16 % y el 22 % con sencillas modificaciones de las prácticas y sin cambiar las leyes actuales de contratación del sector público.²⁵

En situaciones como la que se está viviendo, de incertidumbre y de cambios profundos y constantes, es necesario prepararse para las crisis futuras, identificándolas y gestionándolas

adecuadamente. La responsabilidad es de la política, que debe detectar los problemas latentes o incipientes, y, en el caso de la compra pública, visualizar que ha llegado la hora de asumir su protagonismo y la magnitud de su papel, cuando de ejecutar en este contexto se trata.

Es interesante señalar que todo lo que menciona el documento editado por la CEPAL en la XVIII Reunión del Consejo Regional de Planificación del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) en octubre del 2021, al que se ha hecho referencia a lo largo del presente trabajo, ha salido a la luz desde el comienzo de la pandemia y ha sido la causa de las serias dificultades para gestionar que se manifestaron durante estos últimos dos años. Así, el texto subraya:

Las sociedades no están preparadas ni dotadas para una “gobernanza anticipatoria”, pues la continua presión de las urgencias diarias impide atender los desafíos del largo plazo: las crisis se prevén en muy pocas ocasiones y, cuando han quedado atrás, tampoco se hace una lectura sobre cómo interpretarlas o qué se debe aprender de ellas.²⁶

En efecto, es fundamental que la experiencia vivida sirva para que los Estados asuman la responsabilidad de elaborar estrategias de largo plazo que permitan anticiparse a los hechos. Todo el estado de situación planteado tiene que ser de utilidad para analizar virtudes y defectos de lo gestionado durante la pandemia, y evitar que se repitan los mismos errores.

“El concepto de gobernanza anticipatoria surgió –según lo expresa el documento– hace unos 40 años, pero la crisis provocada por la pandemia de COVID-19 recién destacó su importancia debido a la escasa capacidad de

21 Gerbaudo, Paolo. “Adiós a la globalización, llegan las economías de ‘doble circulación’” [en línea]. En diario El País, 19 de mayo de 2022. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17987/adios-globalizacion-llegan-economias-doble-circulacion> [consultado el 22 de noviembre de 2022].

22 CEPAL. Ob. cit, 20.

23 José Manuel Martínez Fernández es Doctor en Derecho, Vicesecretario general del Ayuntamiento de Valladolid y director del Observatorio de Contratación Pública Local de COSITAL.

24 Martínez Fernández, José Manuel. “La contratación pública como instrumento para superar la crisis económica pos-covid” [en línea]. 29 de octubre de 2020. En diario El País. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/28/legal/1603910942_573643.html [consultado el 22 de noviembre de 2022].

25 Banco Mundial. Recobrar el crecimiento: Reconstruyendo economías dinámicas pos-COVID-19 con restricciones presupuestarias, ob. cit., 9.

26 CEPAL. Ob. cit., 21.

previsión (...) y la ausencia de metodologías más descentralizadas que no ofrezcan soluciones de enfoque único".²⁷

Todas estas experiencias deben llamar a la reflexión no solo para prevenir las crisis, sino también para mejorar lo actual, generando impactos reales y concretos acordes con los objetivos mencionados. La programación de las necesidades, la simplificación y estandarización normativa, la profesionalización de la gestión, la generación de estrategias de abastecimiento en cuanto a sustentabilidad, inclusión, paridad de género, la adaptación a las reglas del mercado, el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado y la evaluación de proveedores para obtener un mercado proveedor confiable son las principales acciones para considerar.

“En medio de la dificultad reside la oportunidad”
dijo Albert Einstein, y esta es la oportunidad para el cambio.

BIBLIOGRAFÍA

Banco Mundial. *Benchmarking Public Procurement (2017)* [en línea]. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/121001523554026106/Benchmarking-Public-Procurement-2017-Assessing-Public-Procurement-Regulatory-Systems-in-180-Economies.pdf> [consultado el 22 de noviembre de 2022].

Banco Mundial. *Recobrar el crecimiento. Reconstruyendo economías dinámicas pos-COVID-19 con restricciones presupuestarias* [en línea]. Washington DC, octubre de 2021. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36331/211806SP.pdf> [consultado el 22 de noviembre de 2022].

Banco Mundial. *Perspectivas económicas mundiales: América Latina y el Caribe* [en línea] junio 2022. Disponible en: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/18ad707266f7740bced755498ae0307a-0350012022/related/Global-Economic-Prospect-2022-Regional-Highlights-LAC-SP.pdf> [consultado el 30 de noviembre de 2022].

CEPAL. XVIII Reunión del Consejo Regional de Planificación del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). *Instituciones resilientes para una recuperación transformadora postpandemia en América Latina y el Caribe. Aportes para la discusión* [en línea]. Reunión virtual, 19 a 21 de octubre de 2021. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47316/1/S2100383_es.pdf [consultado el 23 de noviembre de 2022].

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 [en línea]. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm> [consultado el 22 de noviembre de 2022].

Gerbaudo, Paolo. “Adiós a la globalización, llegan las economías de ‘doble circulación’” [en línea]. En diario *El País*, 19 de mayo de 2022. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17987/adios-globalizacion-llegan-economias-doble-circulacion> [consultado el 22 de noviembre de 2022].

Martínez Fernández, José Manuel. “La contratación pública como instrumento para superar la crisis económica pos-COVID” [en línea], 29 de octubre de 2020. En diario *El País*. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/28/legal/1603910942_573643.html [consultado el 22 de noviembre de 2022].

Maubert, Ilse. “Estrategias de María Rey-Marston para transformar a la *supply chain*”. En *The Logistics World* [en línea], 29 de junio de 2021. Disponible en: <https://thelogisticsworld.com/planeacion-estrategica/estrategias-de-maria-rey-marston-para-transformar-a-la-supply-chain/> [consultado el 23 de noviembre 2022].

Samela, Gabriela. “Creatividad y resiliencia: las habilidades más valoradas para afrontar la ‘nueva normalidad’” [en línea]. En diario *Clarín*, 7 de junio 2020. Disponible en: https://www.clarin.com/economia/creatividad-cambio-resiliencia-habilidades-valoradas-nueva-normalidad-_0_BglR9A_nl.html [consultado el 22 de noviembre de 2022].

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe* [en línea]. Reunión Regional Sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe. Quito, Ecuador 15 y 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.sela.org/es/eventos/e/39637/reunion-regional-sobre-sistemas-de-compras-publicas-en-alc> [consultado el 23 de noviembre de 2022].

Waisbord, Silvio. “¿Adiós a la globalización?” [en línea]. En diario *Clarín*, 18 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/-adios-globalizacion_o_xNoysHrSyB.html?gclid=CjwKCAiA68ebBhB-EiwALVC-Ni1SLBDJv2EO02h1rj11GQ0Rs6FkNoxN48z690RdcSp6SHG3lalBwhoCyxUQAvD_BwE [consultado el 22 de noviembre de 2022].

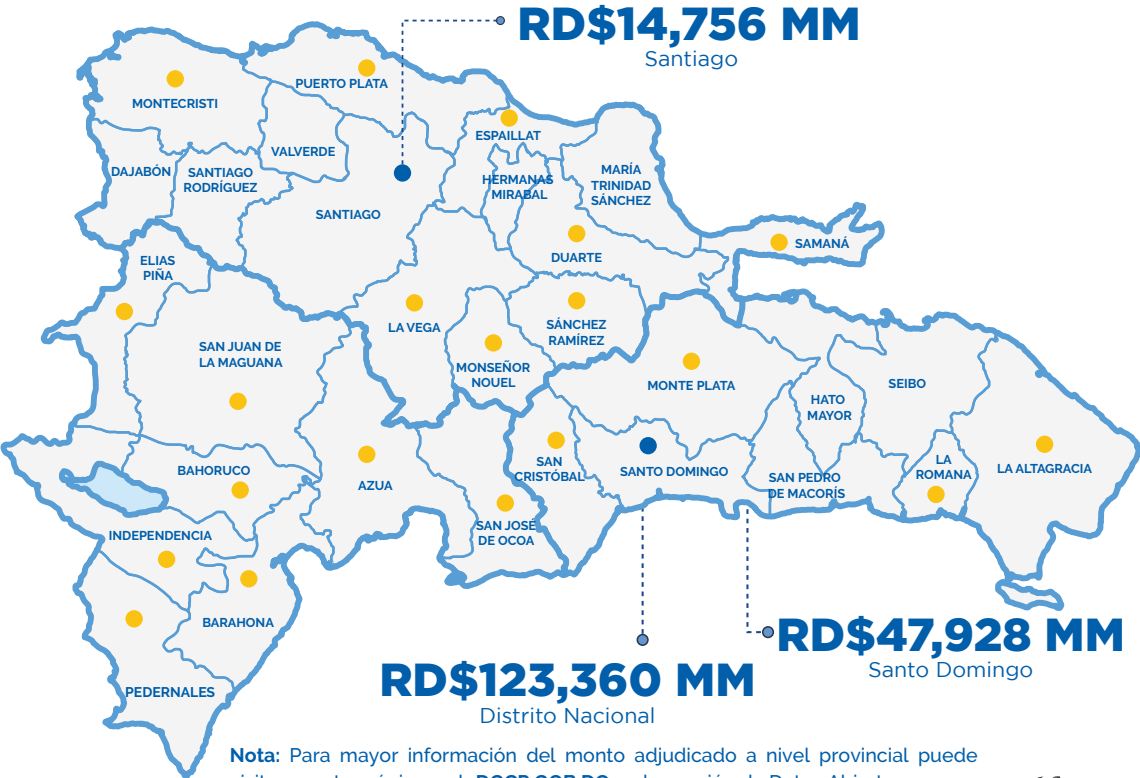
CONTRATACIÓN EN CIFRAS 2022

Consulta los datos y estadísticas
del Sistema Nacional de Compras
y Contrataciones Públicas (SNCCP)
durante el periodo ene.- dic. 2022.



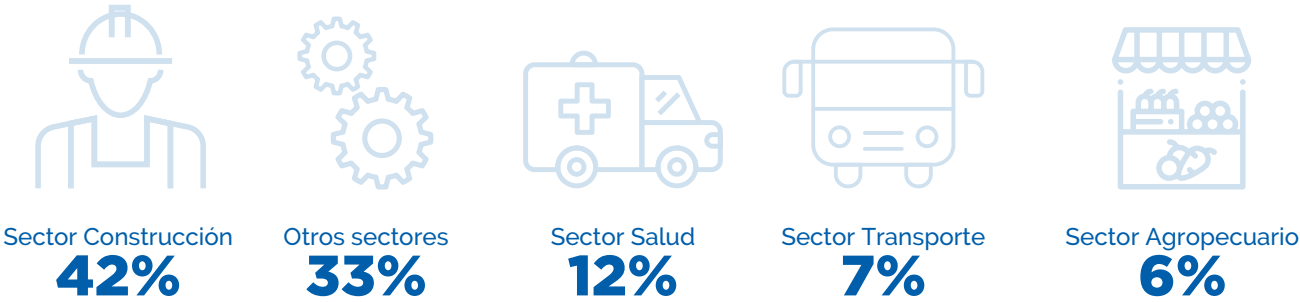
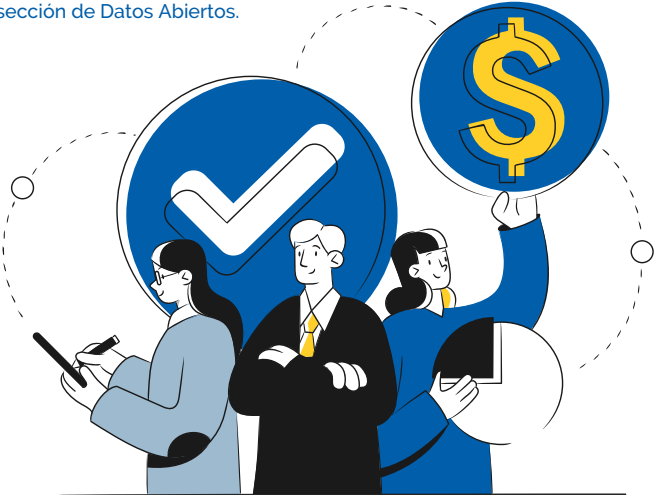
ANÁLISIS PROVINCIAL

DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL DEL MONTO CONTRATADO



SECTORES PRODUCTIVOS

En el 2022, el **61%** del monto total adjudicado fue dirigido a los sectores de construcción, salud y transporte, destacándose el sector construcción con más de **RD\$81,795 MM**.



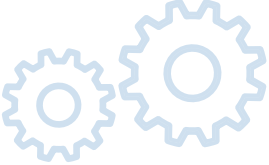
REGISTRO DE PROVEEDORES DEL ESTADO

En el registro de proveedores del Estado se evidencia un incremento del **6%**, logrando aumentar el total acumulado a **108 mil empresas registradas** como proveedor del Estado.

Nuevas empresas registradas como Proveedoras del Estado
6,049



Proveedores del Estado
108,559



Cantidad de proveedores registrados según clasificación empresarial 2022

Empresas no acogidas a la Ley 187-17
3,527



Personas físicas
1,831



Mipymes certificadas
655



Gran empresas
36



RESULTADOS DE POLÍTICAS DE INCLUSIÓN DE MUJERES PROVEEDORAS

Las mujeres proveedoras representaron el **30%** de las nuevas empresas registradas como proveedoras en el 2022. Por otro lado, se ha alcanzado un total de **595 Mipymes** Mujeres actualizadas con su certificación emitida por el MICM.

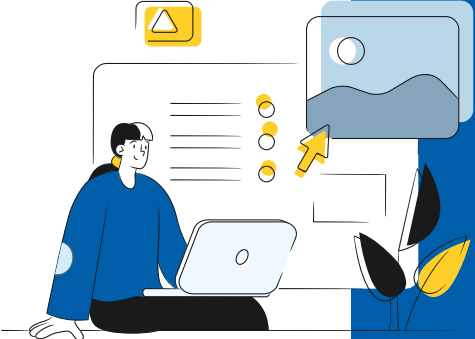


595
Proveedoras actualizadas con la certificación "Mipyme mujer" emitida por el MICM.

Cantidad de **proveedores** registrados según género 2022

MUJERES
1,830
30%

HOMBRES
4,216
70%



PROCESOS ADJUDICADOS CON
MAYOR MONTO ASIGNADO

EDESUR-CCC-LPN-2022-0005
Contratación de servicios de gestión técnico control y reducción de pérdidas
\$3,283 MM

MOPC-CCC-LPN-2022-0008
Servicios integrales de diálisis peritoneal para pacientes renales crónicos de la República Dominicana **\$2,833 MM**

PROMESECAL-MAE-PEUR-2022-0010
Adquisición de Medicamentos para el Programa de Alto Costo
\$2,736 MM

PROMESECAL-CCC-LPN-2022-0005
Adquisición de medicamentos para el Programa de Alto Costo **\$2,642 MM**

PROCESOS DE
EMERGENCIA

Decretos de compras de emergencia



Decreto Núm. 537-22 sobre procedimientos de compras de emergencias para hacer frente a los daños ocasionados por el **Huracán FIONA**



79
procesos
de compras



RD\$1,782 MM
en monto adjudicado



Decreto Núm. 638-22 sobre procesos de compras y contrataciones para labores de rescate, construcción y reconstrucción de obras como consecuencia de los daños ocasionados por las torrenciales aguaceros del viernes 4 de noviembre



26
procesos
de compras



RD\$10,428 MM
en monto adjudicado



OFERTAS
RECIBIDAS

Para el año 2022 **se recibieron 175 mil ofertas** como participación en los procesos difundidos por el Portal Transaccional, de los cuales, el **56%** fueron entregadas de forma digital.



Cantidad de Ofertas Recibidas
175 mil



Ofertas Digitales
56%



Ofertas Física
44%



MONTO
ADJUDICADO



RD\$228,080
Monto total adjudicado transado a través del **Portal Transaccional**

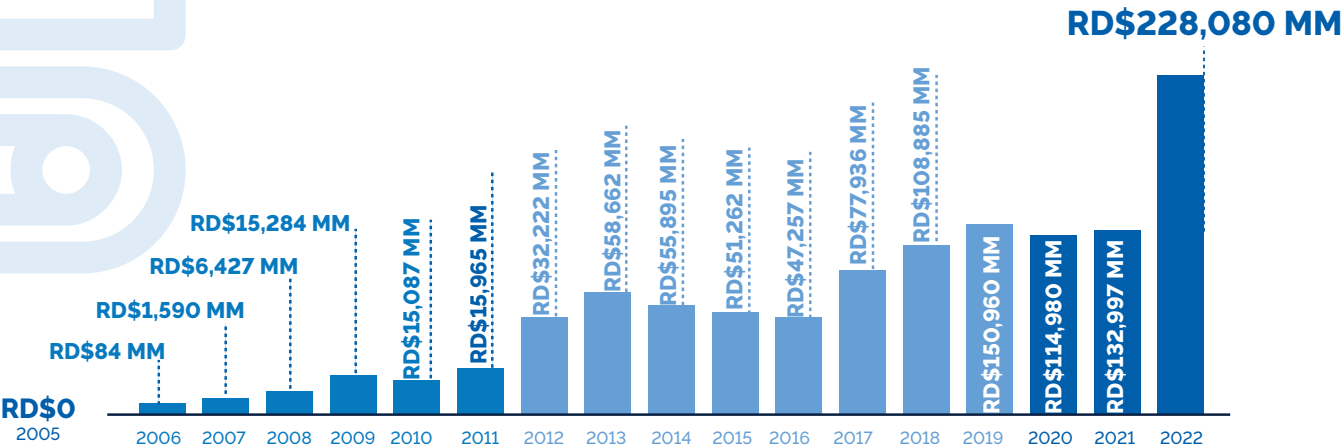


83,158
Contratos adjudicados.



Este aumento significativo, con un incremento **interanual del 71%** con respecto al monto adjudicado el año anterior, representa una mayor transparencia del gasto público.

Histórico del monto anual adjudicado en el **Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas** (Millones RD\$)





POLÍTICAS, NORMAS Y PROCEDIMIENTOS DEL SNCCP



359

Opiniones legales, consultas, comunicaciones o Asistencias Técnicas



11

Resoluciones que rigen el sistema nacional de compras y contrataciones públicas.



3

Colaboración Decretos que tienen impacto en el Sistema Nacional de Contrataciones Públicas.



8

Circulares del Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas



3

Guías de adquisiciones



DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES Y RECLAMOS



RD\$564,691 MM

Montos anulados por resolución oficial



903

Solicitudes recibidas



832

Solicitudes concluidas



1

Investigaciones iniciadas de oficio



202

Resoluciones emitidas

1

Resoluciones que suspenden procedimientos de contratación

3

Resoluciones que anulan procedimientos de contratación

60

Resoluciones que anulan actos administrativos

11

Resoluciones que inhabilitan Registro de Proveedor del Estado

