

## **I.- INTRODUCCIÓN.**

### **1. Importancia del procedimiento de selección de contratistas en la actividad económica del Estado.**

La regulación del procedimiento administrativo de selección de contratistas, resulta fundamental en las economías estatales, si se tiene en consideración que los órganos públicos deben guiar sus actuaciones siguiendo criterios de eficacia y eficiencia económica tal como veremos más adelante.

En efecto, una adecuada regulación de los distintos procedimientos administrativos a través de los cuáles la administración puede actuar en la vida económica demandando bienes y servicios, seguida de diseños adecuados de los pliegos generales y particulares en los procedimientos específicos, permitirán a los órganos públicos ser más eficientes en sus procesos de compras y destinar el excedente de los fondos públicos ahorrados en las compras, a aquellas actividades que demandan mayores gastos al Estado y que no son realizadas por particulares por no ser rentables la ejecución de las mismas, o bien, traspasar dicha eficiencia a los particulares mediante una reducción de la carga impositiva.

No obstante lo anterior, alcanzar la eficiencia en el procedimiento de selección de contratistas, es una tarea difícil atendido a que éstos, se ven enfrentados a numerosas variables exógenas que inciden en los mismos, entre los que podemos mencionar los siguientes:

- las características que presenta el mercado en el cuál los órganos públicos participan como demandantes de bienes y servicios<sup>1</sup>;
- la regulación legal de las compras públicas
- la satisfacción del interés general por parte de los órganos públicos --que en los procedimientos de selección de contratistas-- se traduce en la persecución de una serie de objetivos de signo contrario<sup>2</sup>, impide a éstos comportarse como agentes económicos maximizadores de beneficios, pese al deber de eficiencia que integra el principio de buena administración, reconocido a tanto en la CE como en la LCSP.
- el clima político en el cuál se desenvuelve el procedimiento de compras públicas<sup>3</sup>.

Lamentablemente, tal como veremos en el presente trabajo, no existe un procedimiento administrativo estándar<sup>4</sup> del tipo *one size fit all*<sup>5</sup>, que

---

<sup>1</sup> Nosotros mantenemos una visión crítica a la denominación de los mercados de la contratación pública, pese a que las nuevas tecnologías permiten en principio materializar la propiedad de la expresión como veremos más adelante, dada la dinamicidad intrínseca de los mercados, no descartamos que en el mediano plazo nuestra aseveración caiga en desuso.

<sup>2</sup> Piense por ejemplo, que la LCSP, pone los procedimientos administrativos de selección de contratistas, al servicio de objetivos distintos que la maximización de los fondos públicos, mucho de los cuáles inciden en los mismos, produciéndose un sacrificio de lo que en nuestra opinión debiera ser el objetivo primario de la selección de contratistas.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo en un período de elecciones presidenciales, se puede esperar un aumento en los gastos públicos, y consecuentemente un aumento en la contratación pública, no siendo un elemento determinante el precio que se paga por los bienes y servicios adquiridos.

<sup>4</sup> En este sentido se pronuncia KLEMPERER, quien a propósito de las subastas señala que las mismas deben ser diseñadas dependiendo del contexto en el que se desempeñe la subasta se desarrollará y los objetivos de quien diseña la subasta. En efecto, señala el autor: "So an auction's design must be tailored both to its environment and to the designer objectives. Auction design is no "one size fits all". Cfr. Klemperer Paul, "Auctions: Theory and Practice". Princeton: Princeton University Press, 2006, p.151.

permita maximizar todos los objetivos y variables que influyen en un procedimiento de selección de contratistas. Por el contrario, la variedad y complejidad de las situaciones que deben resolver las administraciones y órganos públicos, determinan que, las reglas que se encuentran definidas ex-ante por el legislador, tengan que ser evaluadas para cada caso particular y dependiendo de las circunstancias del mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos elementos comunes a todos los procedimientos que determinan que no sea indiferente para los órganos públicos la elección del procedimiento de selección de contratistas, o el diseño de los pliegos generales o particulares. Dicho en otros términos, la elección de los distintos procedimientos de selección de contratistas, que la LCSP consagra, está directamente relacionado con el mayor o menor grado de eficiencia que se puedan alcanzar en las compras públicas, maximizando o minimizando el rendimiento de los fondos públicos, que es lo que pretendemos descubrir a lo largo del presente trabajo.

En primer término, intentaremos explorar si los órganos públicos se encuentran vinculados en sus actuaciones en el mercado por principios de eficiencia, lo que nos lleva a analizar el deber de buena administración y su consagración positiva en el ordenamiento jurídico español, y como el mismo se compatibiliza con otros objetivos y principios que igualmente vinculan a los órganos públicos.

Posteriormente, estudiaremos al procedimiento administrativo, como mecanismos de intercambio de información, ya que tal como veremos, el procedimiento administrativo en general y el de selección de contratistas en particular, puede servir si es seleccionado y motivado adecuadamente (nos

---

<sup>5</sup> DIMITRI, Nicola, PIGA, Gustavo y SPAGNOLO, Giancarlo. *"Handbook of Procurement"*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.4.

referimos a los procedimientos abiertos, restringido o negociado o diálogo competitivo) como un mecanismo de intercambio de información, lo que conlleva a reducir las asimetrías de información que existen en los denominados mercados de la contratación pública y realizar compras más eficientes.

Luego, nos avocaremos al estudio del denominado mercado de la contratación pública, frente a lo cuál, tomamos la posición de que aquel no es un mercado en si mismo, sino que por el contrario, es una elaboración abstracta, lo cuál nosotros apoyamos en dos constataciones.

Finalmente intentaremos analizar la estructura y características que presenta el mercado de la contratación pública, estudio en el cuál hemos constado no solo la similitud entre el procedimiento administrativo especial y las estructuras de mercado en general, pudiendo encontrarse en el primero, muchos de los elementos que tradicionalmente se encuentran presentes en un mercado, a saber, oferentes (u interesados si se quiere utilizar terminología propia del procedimiento administrativo), demandantes (u administraciones y órganos públicos), bienes y servicios, intercambio de información, regulación, etc, en los referidos mercados, sino que precisamente en los procedimientos administrativos de selección de contratistas se trasladan las estructuras de mercado que podemos encontrar en los mercado relevantes en los cuáles el estado participa demandado bienes y servicios.

En todo caso, a medida que analicemos el denominado mercado de la contratación pública, identificaremos aquellos elementos comunes a la misma que nos permiten establecer ciertas reglas de actuación, para maximizar el principio de eficiencia en la contratación pública. Muchas de las conclusiones a las que arribamos cuando analizamos el comúnmente

mercado de la contratación pública, la hacemos desde el plano estrictamente teórico, con todas las limitaciones que ello implica, ya que un acercamiento óptimo al tema debiera hacerse con datos, análisis estadísticos, regresiones económicas, etc, más como ha advertido RIVERO ORTEGA, el salto dogmático formal al empírico es difícil<sup>6</sup>, lo que nosotros lo atribuimos en parte a los escasos datos disponible en referencia a la Contratación Pública y a la escasa formación de los juristas en ciencias auxiliares.

Finalmente, terminaremos analizando como la LCSP, al utilizar los procedimientos administrativos de selección de contratistas, como herramientas para lograr otros objetivos distintos a los de la optimización de los fondos públicos, incide en la consecución del principio de eficiencia.

Comenzamos ahora nuestro trabajo, destacando la importancia que reviste el procedimiento administrativo de selección de contratistas, cuestión para lo cuál acudimos al elemento histórico y a la exposición de las cifras que la contratación pública lleva asociada.

En efecto, el elemento histórico, nos dará luces acerca de la importancia del procedimiento administrativo de selección de contratistas, ya que el mismo al estar presente en distintas civilizaciones, nos permite aseverar, sólo en base a los someros datos históricos que se exponen, la

---

<sup>6</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo. “¿Es Necesaria una Revisión del Régimen de los Contratos Administrativos En España?” en REDA N° 122, enero-marzo 2004, p. 43. En este mismo sentido se pronuncia un estudio llevado adelante por la Comisión Europea, conocido también como Cowy Report elaborado para comparar entre otras cuestiones la variación de los precios pagados en los diferentes países comunitarios, en el que también se hace presente la dificultad en obtener la información lo que cercena las posibilidad de realizar estudios empíricos para ratificar las conclusiones dogmáticas. En efecto, se atribuye la dificultad de acceso a los datos a problemas organizaciones y estructurales para países tales como el Reino Unido y Francia, en España los problemas provienen de otras razones distintas, Vid “Study on Monitoring of Public Procurement in the European Union Using Panel Data” de Julio de 2003, p.17 disponible en [http://ec.europa.eu/dgs/internal\\_market/docs/calls/2004/2004-10-d/2004-09-15-study200307-2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/docs/calls/2004/2004-10-d/2004-09-15-study200307-2_en.pdf).

importancia que ha tenido el uso de esta herramienta procedimental, como sistema eficiente de asignación de recursos públicos.

La segunda dimensión que intentamos explorar en el presente apartado --pese a la escasa información existente de lo que se denomina *data-* -- son los recursos que la Administración destina a la celebración de contratos administrativos. En específico, queremos exponer ante los ojos del lector, las cantidades de euros que se encuentran involucradas en la contratación pública, lo cuál pone de manifiesto la importancia que reviste que el procedimiento administrativo de selección de contratistas sea diseñado adecuadamente, de manera de poder asignar correctamente los recursos públicos, para lo cuál se necesita tener claridad acerca de aquellos elementos comunes que condicionan las actuaciones de los particulares contratistas.

### **1.1. Antecedentes históricos del procedimiento administrativo de selección de contratistas.**

El procedimiento administrativo de selección de contratistas, es una herramienta de suyo importante para la actividad económica del Estado. El aserto anterior, no es nuevo y ello queda demostrado en que estos procedimientos administrativos especiales<sup>7</sup> han estado presentes en las más importantes civilizaciones.

---

<sup>7</sup> Utilizamos la voz procedimientos administrativos especiales, siguiendo la nomenclatura de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández quienes acuden a la pluralidad de actividades que puede desarrollar la administración, para clasificar a los procedimientos administrativos en generales y especiales. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo"* Tomo II, Novena Edición (Primera Edición con notas de Agustín Gordillo). Buenos Aires: Thompson - Civitas - La Ley, 2006, p. 459. Debemos señalar adicionalmente que para el objeto del presente trabajo se presenta como estrictamente necesario que el lector comprenda desde el principio la relación entre procedimiento administrativo general y especial, desde que si logramos demostrar que el procedimiento administrativo, se erige en su nueva concepción

Cabe agregar que éste procedimiento desde sus inicios se vio como una eficiente herramienta para obtener ventajas competitivas en beneficio del ente que llamaba a licitación, a tal punto que ya “el Código de Hammurabi trasunta la preocupación por obtener mejores resultados en la contratación”<sup>8</sup>.

La figura también fue conocida en el Derecho Romano, tal como nos indica DROMI, para la venta del botín de guerra que era capturado en las conquistas llevadas a cabo por el imperio romano.

Otra muestra de la presencia de procedimientos de selección de contratistas en la civilización romana, ésta vez desde una perspectiva económica, la ofrece KLEMPERER quién --en forma sarcástica-- expone el primer caso de maldición del ganador<sup>9</sup>, cuestión que nosotros abordaremos en el presente cuando analicemos la información en los denominados mercados de contratación pública.

El medioevo, también reconoce sistemas de selección de contratistas, dentro de los que se pueden mencionar los sistemas de mata candela o a vela y pregón, utilizados principalmente para las construcciones de obras. Estos sistemas se caracterizaban por regla general, en que las ofertas para una

---

como un mecanismo de intercambio de información entre administraciones, órganos público y particulares, establecida para que la administración adopte buenas decisiones, el procedimiento administrativo especial, por su una especie dentro del género, transita por la misma vía y determinará sin duda que las buenas decisiones sean a la vez las más eficientes.

<sup>8</sup> Expone en tal sentido Dromi que el procedimiento licitatorio, se: “(...) utilizaba por regla general, en las contrataciones del Estado. El botín obtenido en la guerra era vendido públicamente a los mejores oferentes, y en el lugar donde iba a verificarse la venta se plantaba un “asta”, arma guerrera y a la vez insignia real. De ahí deriva el término subasta con que en muchos países se designa al procedimiento licitatorio. DROMI, Roberto. *“Licitación Pública”*, segunda edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 86.

<sup>9</sup> El referido autor, citando a Shubik dice que el imperio romano completo fue vendido mediante un sistema de subasta al mejor postor en el año 103 A.C por el pretor; el ganador y en consecuencia el próximo emperador, fue Didius Julianus quien reinó por sólo dos meses antes de ser destronado y ejecutado por Spetimus Severus, lo cuál en su opinión representa un caso muy antiguo de maldición del ganador. Vid. Klemperer Paul, Ob cit, p.15.

determinada construcción se recibían durante el tiempo que duraba una vela encendida<sup>10</sup>. En definitiva, el contratista seleccionado, era aquél que ofrecía la realización de la obra al precio más conveniente.

Como puede apreciar el lector, el procedimiento administrativo de selección de contratistas tiene una larga tradición en la historia de la humanidad, encontrándose presente en las más importantes civilizaciones (babilona, romana), además de las distintas épocas (edad media, edad moderna), manteniéndose hasta nuestros días, revelando la perduración de dicho sistema, con más o menos variantes, que sin duda esta herramienta procedimental, está destinado a buscar una forma eficiente de asignar recursos públicos *per se* escasos, en la contratación.

## **1.2. El procedimiento de selección de contratistas expresado en números.**

No sólo la historia nos muestra la importancia del procedimiento administrativo de selección de contratistas, sino que el fin de los mismos, esto es los denominados contratos públicos<sup>11</sup>, en especial, las cifras que llevan aparejados los contratos que la administración celebra, comprueba la importancia que reviste el tema y la necesidad de un acercamiento

---

<sup>10</sup> Este sistema es comprable hoy en día con los sistemas de subastas electrónicas que la LCSP en el artículo 132, o bien, con las denominadas por los economistas, como inglesas u holandesas en que las ofertas se realizan durante un tiempo determinado. Vid Klemperer Paul, p.11.

<sup>11</sup> Durante la labor de investigación, sólo se han podido encontrar cifras oficiales de los años 2002 y 2005 por lo que es en base a las mismas que exponemos al lector el análisis cuantitativo del mercado de la contratación pública. También debemos prevenir al lector que pese a que en estos primeros párrafos se utiliza la expresión mercados de contratación pública, nosotros postulamos, una visión crítica de los mismos y creemos que ellos no se presentan en la realidad, ya que el mercado relevante no se encuentra determinado por el hecho que en el mismo participe un órgano de naturaleza pública, sino que por el contrario los mercados relevantes se configura en forma conjunta por el producto, su dimensión geográfica y los distintos actores que participan por el lado de la oferta y el de la demanda.

económico al mismo<sup>12</sup>. Sin perjuicio de lo cuál le lector deberá evitar caer en confusión con respecto a las cifras, ya que ellas se presentan en forma agregada y por ende las mismas no son reconducibles a un sólo mercado<sup>13</sup>.

Hacemos presente la pertinencia del análisis de las cifras involucradas en la Contratación Pública, ya que precisamente ella es el fin para el cuál está diseñado el procedimiento administrativo de selección de contratistas.

De acuerdo a las cifras publicadas por el Ministerio de Economía y Hacienda sólo en el año 2005, se firmaron 118.904 contratos administrativos. De acuerdo a cifras oficiales, tal como se expone en la tabla 1, la mayor actividad contractual se desempeña en el área de los servicios con un total de 62.605 contratos para el año 2005, lo que supone la celebración de 171 contratos diarios por parte de las distintas administraciones, bajo el supuesto que ellas funcionan los 365 días del año. Este número se ve incrementado si se tiene en consideración que el divisor en la operación aritmética se ve reducido si se tiene en consideración que el artículo 48<sup>14</sup> de la LRJPA dispone que la administración no funciona los días domingos y festivos, y consecuentemente dichos días los órganos públicos no celebran contratos.

---

<sup>12</sup> En nuestro trabajo, el acercamiento económico al procedimiento administrativo de selección de contratistas, nos permite adoptar una posición crítica con respecto a la doctrina que utiliza la voz “mercado de la contratación pública” e identificar aquellos elementos comunes a los procedimientos administrativos especiales a que nos venimos refiriendo que deben ser tenidos en consideración por los poderes públicos, para los efectos de maximizar el principio de eficiencia en el consumo público.

<sup>13</sup> Lo anterior, determina en nuestra opinión la utilización que se utiliza en el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública cuando en la página 25 del referido informe se realiza un Análisis Económico de la Contratación Pública. Vid Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, p.25, disponible en <http://documentacion.meh.es/doc/C4/Gabinete%20Tecnico/libro%20contratacion.pdf>.

<sup>14</sup> 48. Cómputo (78).—1. Siempre que por ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos.

Ahora bien, la menor cantidad de contratos, se encuentra en lo que se denominan sectores excluidos<sup>15</sup>, en los que la actividad contractual, se reduce a 1.318 contratos.

NUMERO DE CONTRATOS POR TIPO DE CONTRATO Y ADMINISTRACION CONTRATANTE. AÑO 2005					
TIPO DE CONTRATO	Estado	Comunidad Autónoma	Entidad Local	Sectores Especiales	TOTAL
A - OBRAS	2.425	7.082	6.718	1.135	17.360
C- SUMINISTROS	19.542	36.357	5.943	223	62.065
D - CONSULTORIA Y ASISTENCIA	2.003	8.691	2.190	218	13.102
E - SERVICIOS	3.429	10.231	3.952	591	18.203
G - DIRECTIVA 93/98	142	57	0	1.119	1.318
O - OTROS	157	5.130	1.569	0	6.856
TOTAL	27.698	67.548	20.372	3.286	118.904

Tabla 1.

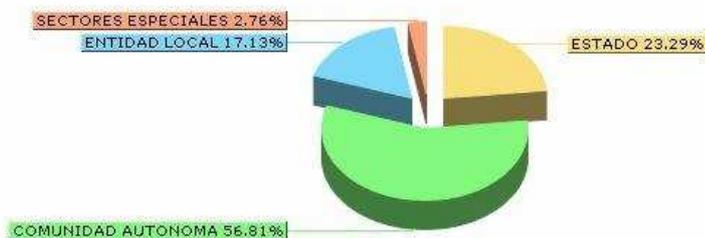
Fuente Ministerio de Economía y Hacienda<sup>16</sup>.

Desde el punto de vista de la estructura competencial las Comunidades Autónomas representan el 56,8% de la actividad contractual y el Estado el 23,29%, tal como se expresa en la representación gráfica siguiente.

<sup>15</sup> La voz sectores excluidos, está reservada para la actividad contractual que se desarrolla en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales.

<sup>16</sup> [www.meh.es/Portal/Servicios/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/Registro+publico+de+contratos.htm](http://www.meh.es/Portal/Servicios/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/Registro+publico+de+contratos.htm).

NUMERO DE CONTRATOS POR ADMINISTRACION CONTRATANTE

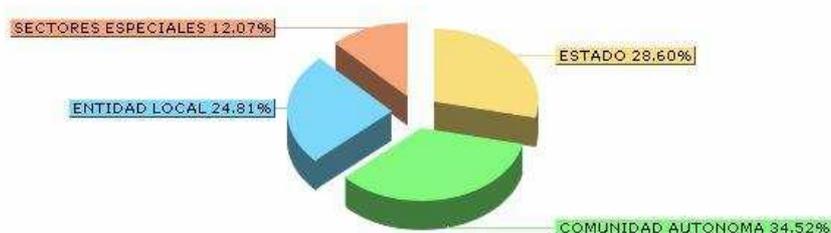


Por su parte el mismo año 2005, el total de recursos destinados a la contratación pública fue de € 61.719.933.435.

IMPORTE TOTAL CONTRATADO POR TIPO DE CONTRATO Y ADMINISTRACION CONTRATANTE. AÑO 2005 (Euros)

TIPO DE CONTRATO	Estado	Comunidad Autónoma	Entidad Local	Sectores Especiales	TOTAL
A - OBRAS	4.663.409.484	5.481.307.566	3.291.647.866	1.705.000.033	15.141.364.949
C - SUMINISTROS	6.509.040.536	3.753.140.700	491.084.000	18.870.382	10.772.135.618
D - CONSULTORIA Y ASISTENCIA	1.185.623.992	1.087.484.716	227.025.779	28.244.675	2.528.379.162
E - SERVICIOS	3.569.606.147	2.159.363.098	882.739.763	53.500.306	6.665.209.314
G - DIRECTIVA 93/98	1.640.623.268	288.184.893	0	5.644.135.557	7.572.943.718
O - OTROS	84.339.227	8.538.241.595	10.417.319.852	0	19.039.900.674
<b>TOTAL</b>	<b>17.652.642.654</b>	<b>21.307.722.568</b>	<b>15.309.817.260</b>	<b>7.449.750.953</b>	<b>61.719.933.435</b>

IMPORTE CONTRATADO POR ADMINISTRACION CONTRATANTE



Fuente Ministerio de Economía y Hacienda<sup>17</sup>.

Siguiendo en el mundo frío de las cifras, la Contratación Pública, de acuerdo con los datos que figuran en el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública<sup>18</sup>, representa un porcentaje no menor del PIB<sup>19</sup> Español. En efecto, en el año 2002, la Contratación Pública representó un 13,02% y a nivel de PIB Europeo, la Contratación pública representa un 16,3%<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> [www.meh.es/Portal/Servicios/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/Registro+publico+de+contratos.htm](http://www.meh.es/Portal/Servicios/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/Registro+publico+de+contratos.htm).

<sup>18</sup> <http://documentacion.meh.es/doc/C4/Gabinete%20Tecnico/libro%20contratacion.pdf>

<sup>19</sup> En este sentido, resulta revelador que en economías desarrolladas el gasto del sector público en las adquisiciones de servicios suministrados por el sector privado, representa entre un 40% y 45%. Vid. Varios Autores, *“Public Procurement. International cases and commentary”* primera edición, New York: Palgrave Macmillan, 2007, p.1. Por su parte, en economías en vías de desarrollo la contratación pública puede representar incluso el 80%. Cfr. Varios Autores, *“Public Procurement in Perspective”* en *“Public Procurement. International Cases and Study”*. Gran Bretaña: Routledge. 2007, p.19.

<sup>20</sup> MORENO MOLINA, José Antonio, *“Los Principios Generales de la Contratación Pública”*, Albacete: Bomarzo, 2006, p.7 y 81. La cifra expuesta por el autor con fue contrastada con la información disponible en la página web de la Unión Europea y en la misma se indica que la contratación pública representa un 16% del Producto Interno Bruto de la Unión Europea lo que equivale a €1500 billones de euros para el año 2002. Asimismo se indica que el rango que representan las compras públicas en los países miembros varía entre un 11% y 20% de

Como puede apreciarse de las cifras recién expuestas, los millones de euros que se manejan en la asignación de contratos, hacen del procedimiento de selección de contratistas, un caldo de cultivo para aquellos agentes del mercado buscadores de rentas, que pretenden extraer el excedente del sector público en su propio beneficio, lo cuál se ve agravado en supuesto existencia de información asimétrica. Dicho en otros términos, los poderes públicos deben adoptar los procedimientos administrativos precisos y diseñar los pliegos de condiciones generales y particulares, de manera tal, de lograr la máxima eficiencia y evitar que el excedente del comprador o consumidor (representando en estos caso por las administraciones y órganos públicos), quede en manos del vendedor o proveedor del servicio, lo que se ve acrecentado por los problemas de información asimétrica que existen en los mercados de contratación pública y que es en definitiva lo que permite el traslado del excedente del lado del consumidor, al de los agentes económicos que celebras contratos con las administraciones y órganos públicos.

La labor de éste tipo de actores se verá mayormente facilitada si la demanda por bienes y servicios públicos se presenta atomizada y no como un poder importante de compra o monopsonio, como asimismo si la legislación de contratación pública facilita la creación de estructuras oligopólicas, ya que es precisamente en dicha clase de estructuras de mercados, atomizados por el lado de la demanda y concentrados por el lado de la oferta y con importantes barreras de entrada, dónde se facilita la colusión. Si lo anterior resulta efectivo, los organismos públicos no estarán obteniendo valor en los dineros públicos invertidos en la contratación pública, incumpliendo de esta manera con los objetivos de eficiencia en el

gasto público que impone el principio de eficiencia que integra el deber de buena administración y las políticas de déficit cero que busca el mercado común europeo.

Adicionalmente la estructura del mercado de la contratación pública, es un antecedente necesario para entender la teoría de los incentivos, lo que se traduce en .como utilizar los procedimientos administrativos y el diseño de las cláusulas generales y particulares para lograr determinados objetivos que subyacen a la LCSP y o condicionar la conducta de los particulares.

## **II.- DEBER DE BUENA ADMINISTRACIÓN.**

## **III.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.**

## **IV.- ANÁLISIS DEL MERCADO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

### **1. ¿Son diferentes los mercados de la contratación pública de los mercados tradicionales?**

#### **1.1. Procedimientos Administrativos de Selección de Contratistas vs Estructuras de Mercados. ¿Existen diferencias?**

Antes de analizar los aspectos económicos subyacentes en los procedimientos de selección de contratistas, debemos realizar algunas precisiones para determinar si el análisis económico tradicional es válido para aquellos mercados en que las administraciones y órganos públicos, actúan en la vida económica demandando bienes y servicios a través de procedimientos administrativos. Y es que, la economía moderna ha puesto la voz de alerta para señalar que no siempre el análisis económico tradicional resulta válido para obtener conclusiones con respecto a una determinada tipología de mercados. Tal es el caso de los que se denominan mercados de

dos lados (*two side markets*) o mercados bilaterales<sup>21</sup> en que el análisis económico tradicional, puede llevar a resultados erróneos, por lo que pareciera pertinente despejar la duda que hemos planteado antes de sacar conclusiones que podrían ser objeto de errores, sobre todo teniendo en consideración que el análisis que hacemos de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, se hace bajo la óptica del principio de eficiencia que integra el deber de buena administración, lo que en terminología económica, equivale al análisis costo beneficio de los citados procedimientos.

Por ello, en este punto, parece pertinente que respondamos a la siguiente pregunta: ¿los procedimientos administrativos utilizados por las administraciones y órganos públicos que permiten demandar a éstos agentes bienes y servicios funcionan de manera similar a los mercados tradicionales?

Para contestar la pregunta que nos hemos formulado, resulta pertinente comparar los procedimientos de selección de contratistas con algunas de las estructuras de mercado tradicionalmente conocidas, para ver

---

<sup>21</sup> Este tipo de mercados, se caracteriza por negocios que tienen que atraer a dos tipos de clientes interdependientes entre sí y que, en general, se caracterizan por la existencia de una plataforma que habilita la interacción entre estos dos (aunque podrían ser más) consumidores finales. Para que se entienda mejor con un ejemplo, es muy paradigmático el caso de las tarjetas de crédito, en el que la plataforma (VISA, pongamos por caso), ofrece un servicio a compradores y tiendas que aceptan el pago mediante tarjeta. También, otro caso clásico es el de los locales de encuentro para solteros, donde necesariamente se debe satisfacer la demanda de dos tipos de consumidores distintos pero muy interdependientes. Hay otros ejemplos asociados a la tecnología como es el de la industria de los videojuegos, en el que la consola como plataforma debe atraer a tanto desarrolladores de juegos como a usuarios de la consola y compradores de esos juegos. Lo importante del estudio de este tipo de mercados bilaterales es que las relaciones económicas y estratégicas entre los agentes involucrados en ellos son completamente distintas a las de un mercado tradicional de proveedor-intermediario-consumidor final. Para empezar, como se ha visto de estos ejemplos, hay algo que les caracteriza a todos ellos desde un punto de vista estratégico: en general se tiene que resolver siempre un problema del tipo de la gallina y el huevo. Está claro que sin uno de los lados del mercado el otro no puede existir y viceversa.

las similitudes y diferencias que pudieran presentar los primeros con respecto a las segundas. Adicionalmente, hemos estimado pertinente contrastar los procedimientos administrativos especiales que venimos analizando, con otra herramienta que utilizan los juristas y economistas en el derecho de la competencia, como es el concepto de mercado relevante, ya que ello nos permitirá situar a los procedimientos administrativos de selección de contratistas en su real contexto, y no sacar conclusiones erróneas sólo en base al porcentaje que representa la contratación pública dentro del PIB.

En primer término, debemos señalar que los mercados en que las administraciones y órganos públicos, actúan demandando bienes y servicios, son una construcción teórica que trata de categorizar a aquellos mercados en que la demanda está formada principalmente por órganos de carácter público, mientras que la oferta por particulares interesados. Así es perfectamente identificable en el procedimiento administrativo de selección de contratistas un demandante de bienes y servicios, que en la nomenclatura de la LCSP corresponde a todos aquellos que quedan comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP regulado en el artículo 3º de la citada legislación. En este mercado, también encontramos oferentes quienes al participar presentando sus ofertas en un procedimiento administrativo especial, reciben en la terminología propia del artículo 31 de la LRJPAC el nombre de interesados<sup>22</sup>. Pero desde ya debemos señalar que estos

---

<sup>22</sup> Es precisamente esta terminología la que utiliza el §13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) que regula la figura de los interesados en el procedimiento. Así lo señala Alejandro Huergo quien señala, que son interesado a los efectos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la persona contra la que se dirige la solicitud. Así como el destinatario del acto o el sujeto con el que la Administración se dispone a celebrar un contrato de Derecho público (es decir, un contrato sobre el ejercicio de potestades administrativas o relativo a la emisión de un acto administrativo. Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "La Teoría General del Derecho Administrativo como

interesados, deben reunir ciertos requisitos especiales de capacidad y solvencia que son aquellos exigidos en los artículos 43 a 37 de la LCSP.

No obstante lo expuesto, esta construcción teórica no afecta la realidad cuál es que las administraciones y órganos públicos participan junto a otros demandantes particulares en los mercados tradicionales. Lo anterior, determina que nos ocupemos de una segunda cuestión, que radica en si los aspectos subjetivos que motivan las decisiones de los agentes económicos que participan por el lado de la demanda, son iguales tratándose de órganos y administraciones públicas que en el caso de los agentes privados, ya que una respuesta negativa, en principio nos impediría extrapolar el análisis económico, a sujetos que en sus motivaciones no encuentran el criterios de eficiencia.

Creemos en este punto que, tratándose de órganos y administraciones públicas, no obstante la realidad muestra tal como veremos infra \_\_, que dichos órganos no son eficientes en las compras públicas, sí deberían serlo dado el principio de eficiencia que integra el deber de buena administración y el régimen de déficit cerp que impone el Derecho Comunitario\_\_\_\_, de ahí que los objetivos de interés general con que tradicionalmente se identifica el actuar de las administraciones y órganos públicos --que se reconoce a nivel legal en la LCSP y ha sido destacado en más de alguna oportunidad por la jurisprudencia del TJCE<sup>23</sup>-- deban comprender la racionalidad económica.

Lo anterior, determina que a nivel teórico, el funcionamiento de la demanda de las administraciones y órganos públicos, en principio obedece a los mismos criterios de eficiencia que persigue cualquier agente económico

---

Sistema", traducido por Mariano Bacigalupo, Javier Barnes, Javier García Luengo y otros, Madrid: Inap – Marcial Pons, 2003, p.361.

<sup>23</sup> Vid. **Infra** citas de pie de página 45 y 48.

que participe por el lado de la demanda en un mercado relevante determinado, lo que hace plenamente aplicable un análisis de coste – beneficio en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, o lo que es lo mismo, un análisis de eficiencia en el funcionamiento de dichos procedimientos.

Ahora bien, desde el punto de vista de la oferta de bienes y servicios, que los interesados realizan en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, creemos que en ellos, se replica la estructura de mercado imperante en el que se desempeñan como compradores. En efecto, mientras los procedimientos abiertos regulados en los artículos 141<sup>24</sup> a 145 en la LCSP, permiten la participación de todo empresario interesado, lo que se traduce en definitiva en un traslado o réplica en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, de la competencia<sup>25</sup> que se produce en estructuras hipotéticas de mercado como lo es el de competencia perfecta<sup>26</sup> o de estructuras reales de mercado, como lo es la competencia

---

<sup>24</sup> Art. 141. Delimitación.—En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

<sup>25</sup> En este sentido se pronuncian ENGEL, FISHER Y GALETOVIC, quienes señalan que las concesiones signadas en una licitación abierta y competitiva, permiten en principio replicar lo que sucedería en un mercado competitivo, señalando que “la competencia por la cancha reemplaza a la competencia en la cancha”. Vid ENIGEL, Eduardo, FISHER, Ronald y GALETOVIC, Alexander. “¿Cómo Licitar una Concesión Vial Urbana?”, Estudios Públicos N°67, 1997, disponible en [http://www.alide.org.pe/download/CEDOM/Infraestructura\\_AS2005/RecInf/BiblioExpo/ENGEL/01ENGEL\\_COMO.pdf](http://www.alide.org.pe/download/CEDOM/Infraestructura_AS2005/RecInf/BiblioExpo/ENGEL/01ENGEL_COMO.pdf). Finalmente conviene tener presente que la terminología de competencia la tomamos de la traducción del anglicismo *competition for the field*, la que se opone a *competition in the field*. El termino es utilizado por los economistas para graficar la competencia permanente que se produce en el mercado entre los distintos agentes económicos (competencia en la cancha) en oposición a la competencia que se produce en las licitaciones (competencia por la cancha). La terminología es original del economista Edwin Chadwick (1959).

<sup>26</sup> Los mercados de competencia perfecta, se encuentran estructurados como resultado de las fuerzas competitivas de la oferta y demanda, o más precisamente de la interacción entre los que participan por el lado de la oferta y aquellos que lo hacen por el lado de la demanda y

monopolística<sup>27</sup>. En efecto, piense el lector en qué se diferencia un procedimiento abierto en los cuáles en teoría podrían concurrir múltiples oferentes, regidos por los principios de transparencia, publicidad y concurrencia, y en que unos de los objetivos declarados en la LCSP, es la eliminación de las barreras de entrada a los mismos, en que los productos son homogéneos o perfectamente sustitutos unos de otro con el mercado de competencia perfecta. Pareciera ser que ninguna.

---

sus estructuras pueden variar desde el extremo del monopolio o oligopolio a los teóricos mercados de competencia perfecta. La demanda en esta clase de mercados, proviene de un número muy heterogéneo de compradores o demandantes con una amplia gama de necesidades, expectativas, y preferencias que se multiplican en la medida que existen muchos productos o servicios destinados a satisfacer las mismas necesidades

<sup>27</sup> El término no debe llevar a confusión al lector, en el sentido de identificar a la competencia monopolística con la competencia entre monopolios, ya que dicho fenómeno es imposible atendido que en el monopolio existe un solo agente que a la vez representa la oferta del mercado. Por el contrario, un mercado de competencia monopolística, presenta muchas similitudes con los mercados de competencia perfecta, pero se diferencian de éstos últimos en que las empresas producen bienes diferenciados. De esta manera, en esta clase de estructuras de mercado, se puede hablar de la existencia de muchos agentes económicos que participan por el lado de la oferta, inexistencia de barreras de entrada y que cada empresa es pequeña respecto al tamaño del mercado, por lo que la única forma en la que pueden obtener poder de mercado es mediante la diferenciación del producto o servicio determinado. El nombre de esta estructura de mercado obedece a una similitud con la competencia perfecta y el monopolio al mismo tiempo. Cuando una empresa competidora monopolística logra diferenciar su producto, se puede hablar de una suerte de “poder de mercado” que permite comportarse como el único productor (monopolista) de dicho bien diferenciado, pero limitado por la existencia de bienes sustitutos muy cercanos, que si bien no presenta exactamente las mismas características en términos de satisfacción racional satisface en los mismo términos a un demandante racional, todo lo cuál le impide actuar como un monopolista. En consecuencia, la diferenciación de productos, no recae en sus atributos físicos, o dicho en otros términos, las diferencias no son fácilmente apreciable. Básicamente, las diferencias se presentan en la mente de los consumidores. Si esto es así, la publicidad juega un papel primordial<sup>27</sup> en el asentamiento del concepto diferenciador. Vid. MANKIW, Gregory. *“Principios de Economía”*, Traducción Esther Rabasco – Luis Toharia, Cuarta Edición., Madrid:Thomson, 2007, p.256 – 265, KOUTSOYIANNIS, Anna *“Microeconomía Moderna”*. Buenos Aires: Amorrortu, 2002, p. 23. En un sentido más técnico Vid. CABRAL, Luis, *“Economía Industrial”*, Traducción Francisco Galera, Madrid: McGraw Hill, 1997, p.27-28.

Es esta la postura que asume ARROWSMITH<sup>28</sup>, quien señala que uno de los presupuestos de las compras públicas que comparten la mayoría de los países desarrollados, es precisamente que las administraciones y órganos públicos actúan en el mercado como cualquier otro actor ordinario, lo que supone un reconocimiento que los mismos no detentan poder de mercado, entendido éste como la capacidad de comportarse independientemente como si no tuvieran competencia. Dicho en otros términos las administraciones y órganos públicos no tienen poder de mercado ni absoluta ni relativa<sup>29</sup>.

Otra diferencia que en principio pudiéramos observar, es en el proceso de formación de precios, ya que mientras en los mercados de competencia

---

<sup>28</sup> La autora, señala que la base sobre la cuál se suelen analizar tradicionalmente los procedimientos administrativos de selección de contratistas --que son el antecedente necesario de las compras públicas-- supone en primer termino que los bienes y servicios adquiridos por los órganos administrativos son adquiridos en una economía de mercado y en segundo término que los órganos administrativos actúan como agentes ordinarios en el mercado, lo que significa que los oferentes son libres y soberanos en contratar o no con el estado sea porqué esa es su voluntad, o bien, porque las condiciones en que los productos son ofrecidos no son aceptados por éste último. Vid. ARROWSMITH, Sue. "Regulating Public Procurment (...) Ob Cit". p.12.

<sup>29</sup> La terminología de poder de mercado absoluto o relativo, es extraída de las formas que puede adoptar la posición de dominio. De acuerdo a PELLICE, la posición de dominio se presenta en el mercado en general y permite a los actores comportarse de manera independiente como si no tuvieran competencia. En este sentido, la posición de dominio se puede clasificar en posición de dominio absoluta que analiza desde un punto de vista horizontal la relación entre un actor y sus competidores (en el caso que nos encontramos analizando sería la administración y órganos públicos y los otros demandantes de bienes y servicios. Por su parte, la segunda forma de posición de dominio, es la que se conoce con el nombre de posición de dominio relativa, que se caracteriza por la situación de dependencia económica en la que se pueden encontrar las empresas clientes o proveedores (en nuestro caso los proveedores frente al estado) y entre otros supuestos, se pueden encontrar en aquellas situación de privilegio que determinados contratistas ocupan en una relación contractual. Conforme a lo anterior, PELLISÉ señala: "A diferencia de la posición de dominio absoluta que, por estar referida a los competidores, se da en el plano horizontal; la posición de dominio relativa se define en el plano vertical y así puede darse sólo frente a un grupo reducido de clientes o proveedores. Finalmente agrega que dentro de las causas que pueden dar lugar a esta posición de dominio relativa, se encuentra la necesidad de la cuota del negocio para la supervivencia de la empresa, o la dificultad de encontrar a otro contratante.". Cfr. "PELLISÉ CAPELL, Jaime *La Explotación Abusiva de Una Posición Dominante*.(Artículos " 82 TCE y 6 LEDC). Barcelona: Tesis de Grado, 2001. p. 256.

perfecta, el precio se forma por un procedimiento dinámico de oferta y demanda, en los procedimientos administrativos, el mismo es fijado ex – ante por la administración, pero en base a la información obtenida del mercado tal como lo dispone el artículo 75 de la LCSP<sup>30</sup>), diferencia que en nuestra opinión no es relevante y permite realizar un análisis económico tradicional en los llamados mercados de la contratación pública<sup>31</sup>, ya que si el precio es obtenido del mercado, dicho precio necesariamente reflejará la estructura imperante en el mismo.

Es por lo anterior, que tradicionalmente se señala que los procedimientos de selección de contratistas, se produce lo que los economistas denominan *yardstick competition* o competencia subrogada o por referencia, terminología que aplicada a los procedimientos de selección de contratistas, se caracteriza por que ésta forma de competencia, permite la comparación por parte de las administraciones y órganos públicos de las distintas ofertas que presentan los interesados en los procedimientos administrativos.

El extremo contrario, podría ser el de los procedimientos restringidos regulados en los artículos 146<sup>32</sup> a 152 en la LCSP, pero tampoco en éste caso

---

<sup>30</sup> Art. 75. *Precio*.—1. (...) Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

<sup>31</sup> En este sentido parece pronunciarse RIVERO ORTEGA, cuando señala desde una perspectiva histórica y del TRLC, que: “Sin embargo también en el Real Decreto de Bravo Murillo decía que la Administración debía “averiguar el precio de las cosas”, y el principio de la búsqueda del precio de mercado sigue estando recogido en el TRLC”. Vid RIVERO ORTEGA, “Es Necesaria Una Revisión (...) Ob cit”, en REDA 120 octubre-diciembre 2003, p.567-589 y en REDA 121, p.25-47.

<sup>32</sup> Art. 146. Caracterización.-- En el procedimiento restringido, sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean

se presentan diferencias substanciales con los mercados de naturaleza oligopolística<sup>33</sup>, produciéndose por tanto nuevamente el fenómeno que hemos apuntado de importar al procedimiento administrativo de selección de contratistas la estructura imperante en determinados mercados relevantes, ya que esta clase de procedimientos administrativos, se caracterizan por ser unos pocos interesados u oferentes los que compiten, ya que se les exige el cumplimiento de determinados requisitos de solvencia o conocimiento técnico, lo que queda reservado para unos pocos actores<sup>34</sup>.

Habiendo hecho las precisiones anteriores, nos encontramos en condiciones de responder a la pregunta que formulábamos más atrás, para lo cuál estimamos que los procedimientos administrativos funcionan dentro de las reglas de la estructura de mercado en el cuál se desempeñen las administraciones y órganos públicos, adquiriendo bienes y servicios, pero con una particularidad, que dichas administraciones y órganos públicos tienen la posibilidad de alterar dicho funcionamiento, utilizando de manera eficaz y eficiente sus facultades exorbitantes mediante los pliegos generales, particulares y técnicos. En todo caso, ello no obsta a que podamos sostener

---

seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

<sup>33</sup> Esta estructura de mercado, se encuentre presente en industrias caracterizadas por el dominio de unas cuantas empresas, las cuales pueden producir bienes homogéneos o diferenciados y que gozan de significativas barreras a la entrada. Al estar tan concentrada la industria, la interdependencia entre las empresas participantes hace poco útiles los intentos por definir un modelo general para esta estructura de mercado. La única característica inequívoca es que la decisión de una empresa depende en gran medida de las decisiones de las otras empresas que conforman el oligopolio. A esto se le llama **interacción** o **interdependencia estratégica**.

<sup>34</sup> Así lo entiende también RIVERO ORTEGA, al expresar que los mercados de encargos públicos tienden a convertirse en cotos cerrados en los que participan siempre las mismas empresas y no precisamente en las mismas condiciones que caracterizan las adquisiciones de bienes y servicios por el sector privado. Vid RIVERO ORTEGA, Ricardo, “¿Es Necesaria Una Revisión (...) Ob Cit” en REDA N° 120 octubre – diciembre 2003, p580 y REDA N° 121 enero-marzo 2004, p.38.

con cierta propiedad la pertinencia de realizar un análisis de costo beneficio en los procedimientos administrativos de selección de contratistas.

También resulta pertinente aclarar, que el hecho de que las administraciones y órganos públicos, cuenten con facultades exorbitantes pudiendo fijar las condiciones contractuales en los pliegos generales o particulares, o durante la vida del contrato, pudiendo interpretar y modificar el mismo de manera unilateral, le otorguen una posición de privilegio como lo sostiene la mayoría de la doctrina<sup>35</sup>. En el primer caso, y según veremos, el problema de asimetría de información que existe entre los órganos públicos y quienes se desempeñan habitualmente en el mercado, limitan y morigeran cualquier posición de privilegio que quiera atribuírsele a la administración y órganos públicos en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, sin dejar de mencionar por lo demás, que la interdicción de la arbitrariedad y el principio de legalidad, que forman parte del deber de buena administración limitan y proscriben cualquier conducta de los órganos públicos que no se desarrolle conforme a las reglas del mercado. Por su parte durante la vigencia del contrato, las facultades exorbitantes con que cuentan los órganos públicos, se verán atemperadas por la indemnización que en todo caso tiene derecho el contratista, cuando los cambios en las

---

<sup>35</sup> Vid entre otros. PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *“Los Orígenes del Contrato Administrativo en el Derecho Español”*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1963”; DE SOLAS RAFECAS, José María. *“Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”*, Madrid: Tecnos, 1990; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *“Dos Regulaciones Orgánicas”* en RAP N°10 enero-abril 1953, p.241-281, *“La Figura del Contrato Administrativo”* en RAP N°41 mayo-agosto 1963, p.99-128, SAINZ MORENO, Fernando. *“La exception non adimpleti contractus” en la contratación administrativa* en REDA N° 16, enero 1978, p. 13; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *“Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1485 y 1948)”* REDA N° 95 marzo 1997, p. 385.

condiciones contractuales, no son atribuibles a un incumplimiento de su parte.

Lo anterior determina que desde el punto de vista económico, las facultades exorbitantes con que cuenta la administración podrían tener un efecto neutro en los resultados de eficiencia, si es que no se utilizan adecuadamente.

### **1.2. Procedimientos Administrativos Especiales vs Mercados Relevantes. Impropiedad de la expresión “Mercados de la Contratación Pública”.**

El concepto de mercado relevante es fundamental en la legislación reguladora de la libre competencia, pues es a partir del mismo que se analizan las estructuras de los mercados y se determinan cuantas empresas tienen poder sustancial dentro de un mercado específico o mantienen una posición dominante.

A los efectos de éste trabajo, esta valiosa herramienta que tomamos prestado del derecho de la competencia, nos sirve para demostrar que la expresión mercados de la contratación pública, es un concepto netamente cuantitativo ya que el mismo, no refleja en la realidad un mercado específico determinado, sino que una o varias transacciones que se generan dentro del mismo, lo que nos lleva a concluir que la doctrina administrativa, cuando hace las referencias en torno al tamaño del mercado tomando como punto de referencia el PIB Español o Europeo, realiza un análisis sesgado, ya que dicho índice macroeconómico, no es un indicador preciso del grado de coordinación que existe entre las distintas administraciones y órganos públicos, o lo que es lo mismo, del poder de mercado de las administraciones

y órganos públicos, de manera de utilizar dicho poder de compra en aras de los objetivos de eficiencia que demanda el deber de buena administración.

La única manera de determinar si el mercado de la contratación pública es un mercado en sí mismo, o bien, es sólo una transacción más dentro de un mercado relevante, pasa por realizar un análisis económico serio.

A la hora de definir un mercado relevante del producto, la jurisprudencia en casos de defensa de la competencia señala la trascendencia de analizar dos aspectos fundamentales, a saber: la existencia de sustitución en la demanda del producto en cuestión y la existencia de sustitución por el lado de la oferta del mismo. La sustitución en la demanda se refiere a la posibilidad efectiva que tienen los consumidores de un bien o servicio determinado de sustituirlo en forma razonable por otros productos o servicios que posean un uso similar. En economía, esta sustitución se mide utilizando el concepto de elasticidad cruzada de la demanda, el cual se define como el incremento porcentual que se registra en la demanda de un bien dado por cada punto porcentual que aumenta el precio de un segundo bien. En otras palabras, debido a que los consumidores pueden utilizar en forma similar a ambos bienes, basta que aumente el precio de uno de ellos para que lo reemplacen por el otro. Si bien el concepto de elasticidad cruzada tiene un significado preciso en economía y el mismo es el resultado de ensayos cuantitativos que resultan de evidencias de análisis econométricos, las dificultades prácticas que conlleva su medición ante la ausencia de *data* han conducido a que los tribunales tiendan a darle al mismo una interpretación cualitativa, evaluando simplemente si la demanda de un bien aumenta en forma notoria ante un incremento en el precio de otro bien.

Es por lo anterior que la Comunicación del Mercado de la Referencia de 1997 considera adicionalmente otros factores para definir el mercado relevante<sup>36</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es la importancia de que exista sustitución en la demanda a efectos de definir al mercado relevante del producto? La idea es que, si los consumidores tienden a considerar que dos bienes son sustituibles en el consumo, entonces dichos bienes deberían formar parte del mismo mercado. La diferencia no es trivial a la hora de determinar el grado de poder de mercado que posee una empresa dada o en nuestro caso las administraciones y órganos públicos. Supongamos que existe un sólo productor del bien A, por lo cual el mismo es monopolista de dicho bien. En tal caso, si consideramos el mercado del bien A solamente, podemos decir que dicho productor tiene poder de mercado en el mismo. Sin embargo, si consideramos que los bienes A y B se encuentran en un mismo mercado, entonces ya no se puede decir que el productor del primero sea un monopolista, puesto que existen otros productores en el mercado. Como consecuencia lógica, su poder de mercado será menor que en el caso anteriormente señalado. Teniendo esto en cuenta, ¿cuál debe ser el mercado a considerar, el que incluye sólo al bien A o el mercado que incluye a ambos bienes?

El análisis del mercado relevante por el lado de la demanda nos dice que la posibilidad que tienen los consumidores de sustituir un bien por el otro es lo que determina si ambos deben formar parte del mismo mercado o no. Como se dijo anteriormente, si la elasticidad cruzada de la demanda

---

<sup>36</sup> En efecto, la Comunicación del Mercado de la Referencia considera los siguientes elementos de apreciación. Características de los productos y de sus utilidades previstas: intercambiabilidad de funciones y similitud de características, Sustitución en un pasado reciente, opiniones de clientes y competidores, preferencias de los consumidores, obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, existencia de diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

entre ambos bienes es elevada, ante un aumento en los precios del bien A, los consumidores del mismo tenderán a reemplazarlo por el bien B. Esta actitud de los consumidores limitará el accionar del productor del bien A, puesto que éste no podrá aumentar sus precios libremente sin temer una caída significativa en el consumo de su producto. Por lo tanto, el productor del bien A enfrentará permanentemente una posible competencia por parte de los productores del bien B, por lo cual resulta lógico que todos ellos sean incluidos dentro de un mismo mercado. Como se observa, la percepción de los consumidores es crucial a efectos de definir un mercado relevante con argumentos provenientes de la demanda.

Resta sin embargo, un segundo aspecto a ser considerado a la hora de definir el mercado relevante del producto, que es la existencia de sustitución por el lado de la oferta. Este aspecto hace referencia a la facilidad con la que los productores de otros bienes pueden trasladar sus esfuerzos productivos hacia la producción del bien en cuestión. Al igual que en el caso de sustitución en la demanda, existe en economía un concepto preciso que se refiere a la sustitución en la oferta, al que se denomina elasticidad cruzada de la oferta. Dicho concepto se refiere al incremento porcentual que se produce en la producción de un bien por cada punto porcentual en que disminuye el precio de otro bien. No obstante esta definición precisa de la elasticidad cruzada de oferta, y al igual que su homónima de demanda, los tribunales generalmente la han aplicado de manera cualitativa, limitándose a verificar si aumenta el número de productores de un bien cuando aumenta el precio de éste.

Nuevamente, supongamos que existen dos bienes, denominados A y B. La existencia de una elevada elasticidad cruzada de la oferta entre los bienes A y B implica que, si los precios del bien A aumentan, se registrará un

incremento en la oferta del bien A y una disminución en la del bien B. Intuitivamente, lo que se está diciendo es que las tecnologías de producción de los bienes A y B son similares, por lo cual un productor del bien A puede fácilmente dedicarse a producir el bien B y viceversa. Por lo tanto, al registrarse un incremento en los precios del bien A, a los productores del bien B les conviene disminuir la producción de este último para dedicar parte de sus esfuerzos productivos a la producción del bien A.

La sustitución por el lado de la oferta es importante porque permite determinar el grado de competencia potencial que enfrenta el productor de un bien dado. Si la sustitución cruzada de la oferta entre los bienes A y B es elevada, el productor del bien A no podrá aumentar libremente sus precios sin temer que el productor del bien B ingrese rápidamente al mercado y se convierta en su competidor. De esta manera, la competencia potencial que representa el productor del bien B limitará el accionar del productor del bien A, por lo cual resulta lógico que ambos sean incluidos dentro de un mismo mercado. Nótese que no sólo hay que considerar si el productor del bien B puede adaptar parte de sus instalaciones para producir el bien A, sino que resulta crucial que pueda hacerlo en un período de tiempo relativamente corto y a bajo coste, de modo que represente una amenaza de competencia concreta.

A efectos de definir el mercado geográfico --que es el segundo aspecto que incorpora cualquier definición de mercado relevante-- se refiere a la facilidad con la que los consumidores de un área determinada pueden abastecerse de productores que operan en otras áreas geográficas. A modo de ejemplo, supongamos la existencia de dos zonas, denominadas A y B. La existencia de una elevada posibilidad de sustitución en la demanda implica que, si aumentan los precios en la zona A, los consumidores de la misma

pueden fácilmente adquirir el producto en la zona B. En cuanto a la sustitución por el lado de la oferta, la misma se refiere a la facilidad con la que los oferentes pueden vender su producto en áreas distintas a aquella en la que operan habitualmente. En referencia a las zonas A y B, la existencia de una elevada sustitución en la oferta implica que, ante un aumento en los precios de la zona A, los productores de la zona B pueden fácilmente vender parte de su producción en ella. Nótese que tanto una elevada sustitución en la demanda como una elevada sustitución en la oferta implican que ambas zonas integran un mismo mercado geográfico, puesto que en ambos casos los productores ubicados en cada una de ellas enfrentan una potencial competencia por parte de los productores ubicados en la otra zona.

Se desprende de las consideraciones anteriores que una delimitación adecuada del mercado geográfico requiere la consideración de aspectos tales como el área de operación de las principales empresas productoras del bien en cuestión, la correlación existente entre los precios del bien registrados en las distintas zonas a ser incluidas en dicho mercado y la existencia o no de elevados costos de transporte que puedan actuar como barreras a la integración de distintas zonas.

Las pautas para la evaluación de fusiones horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (1992) y en el mismo sentido la Comunicación de la Comisión Europea<sup>37</sup>, definen al mercado geográfico relevante como la región más pequeña en la que le resultaría rentable, a un hipotético monopolista, la imposición de un incremento "pequeño, aunque significativo y no transitorio" en los precios. A su vez, las pautas mencionan distintos aspectos

---

<sup>37</sup> Cfr. Comunicación de la Comisión Europea 97/C372/03, de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.

cuya consideración guarda relevancia, a saber: la posibilidad efectiva que poseen los consumidores de trasladar su consumo hacia otras áreas geográficas, la ponderación que los empresarios dan a dicha posibilidad a efectos de tomar decisiones, y el costo y tiempo que insume a los consumidores el traslado de su abastecimiento hacia áreas alternativas.

Pues bien, conforme a lo señalado, no creemos que el mercado de la contratación pública pueda ser considerado un mercado relevante en sí mismo, sino que creemos que su expresión obedece a un enfoque cuantitativo del mercado. En efecto, desde el punto de vista del PIB, las cifras que analizamos en el capítulo       , incorporan bienes tan distintos, lo que queda demostrado con la definición que a nivel legal<sup>38</sup> y doctrinario<sup>39</sup> que se maneja de compras públicas, así como también de la multiplicidad de objetos de los contratos que celebran las administraciones y órganos públicos.

En este sentido si un procedimiento de selección de contratistas, está destinado a que las administraciones y órganos públicos adquiera automóviles ninguna relación tendrá con aquellos procedimientos administrativos destinados a la adquisición de bienes mobiliarios para el funcionamiento de la administración o de los órganos públicos. Tampoco dichos procesos considerados en su conjunto, tienen relación desde el punto

---

<sup>38</sup> La LCSP en su artículo utiliza las expresiones genéricas de obras, bienes y servicios lo que da cuenta de la infinidad de objetos sobre los que puede recaer los contratos de las administraciones y órganos públicos.

<sup>39</sup> Vid en este sentido ARROWSMITH quien señala: "Thus "public procurement" refers to the acquisition by public bodies, such as government departments and municipalities, of the various goods and services that they need for their activities. Given the variety of functions of a modern government, this cover a huge range of transactions, ranging from the purchase of stationary, office furniture and insurance services, (...) through to the constructions of hospitals, roads, power stations and airports". ARROWSMITH, Sue. *"Regulating Public Procurement, National and International Perspectives"*. La Haya: Kluwer Law, 2000, p.1.

de vista del producto, con la construcción de hospitales o carreteras, lo que pone en evidencia lo artificial que se presenta el mercado de la contratación pública. Siguiendo en el mundo de los ejemplos que nos permite visualizar en forma prístina la impropiedad de considerar al mercado de la contratación pública como un mercado relevante en sí mismo, suponga el lector que nos encontramos en el mercado de la provisión de automóviles. Por el lado de la oferta participan todos aquellos oferentes de automóviles (Citroen; Audi, Nissan, Opel etc) por el lado de la demanda participan los particulares (personas naturales o jurídicas) que adquieren automóviles para su uso personal, el uso de sus gerentes, o de sus procesos productivos según corresponda y las administraciones o órganos públicos que adquieren automóviles para sus altos funcionarios o sus procesos productivo cuando el mismo interviene en la economía. El mercado de los automóviles en el caso propuesto --prescindiendo de un análisis de mercado relevante-- estará compuesto por la interacción de las curvas de la oferta (que a su vez se compone de la suma de todas las curvas de oferta individualmente consideradas) y de la demanda (compuesta por la suma de todas las curvas de demanda individualmente consideradas).

Pero aún hay mas, puede darse el caso que los órganos públicos en nuestros ejemplo, pertenezcan a distintas comunidades autónomas, piénsese por ejemplo Castilla y León y País Vasco, tampoco en dicho ejemplo pareciera pertinente desde el punto de vista geográfico considerarlos como mercados relevantes en sí mismos.

Pareciera ser que en el ejemplo que estamos analizando, resulta excesivamente amplio hablar del mercado de contratación pública de automóviles. En efecto, como el lector puede apreciar en el ejemplo las administraciones y órganos públicos, son sólo uno de los actores que

participa por el lado de la demanda del mercado de los automóviles, lo que demuestra que utilizar la expresión mercado de la contratación pública, supone confundir al mercado del bien o producto que se trate con una parte de aquél y que corresponde a la demanda por parte de las administraciones de bienes o servicios, de ahí que no resulte propia la expresión mercado de la contratación pública.

El confucionismo que existe con respecto a estas cuestiones terminológicas que venimos tratando, o bien si se quiere, poner en términos económico a la falacia post hoc de algunos estudiosos del derecho administrativo, tiene su origen en los siguientes supuestos: (i) la especial manera de cómo se forma el precio en la transacción particular que hacen las administraciones y órganos públicos cuando demandan bienes y servicios y (ii) la errada interpretación que se puede tener respecto que las administraciones y órganos públicos tiene un elevado poder de compra.

En nuestra opinión y adelantando tal vez algunas conclusiones, creemos que sólo existirá un mercado de la contratación pública cuando las administraciones y órganos públicos tengan un poder suficiente de mercado de manera que puedan influir en el mismo. La especial manera como se forma el precio en la transacción particular, resulta sólo una terminología sistematizada y por ende la expresión “mercado” se está refiriendo a una vía formal de formación del precio del bien o servicio de que se trate, pero de ninguna manera puede ser considerada como una variable de tal entidad que tenga la virtud de absorber el mercado relevante. Por el contrario, el elemento común en los ejemplos que hemos dado, está constituido por el hecho que en ambos procedimientos, participa una administración u órgano público, lo que permite para efectos estadísticos colacionar dichas cifras

desde el punto de vista del PIB, más no considerarlo por ello desde el punto de vista microeconómico como mercados relevantes o específicos.

Por ahora, no ahondaremos más sobre este asunto, y volveremos a retomarlo cuando analicemos los sistemas de compras públicas, en los cuáles veremos como la tecnología permite acercarse más al concepto de mercado relevante al superar las separaciones geográficas, más todavía existe la tarea pendiente de maximizar el principio de coordinación que debe guiar las actuaciones de la administración, para que los distintos patrimonios públicos que participan en los denominados mercados de contratación pública puedan ser considerados verdaderos poderes compradores y poder cumplir de esta manera en forma eficaz con los objetivos que se encuentran subyacentes en la LCSP. Así las cosas, estimamos que el poder de mercado unido al adecuado uso de las facultades exorbitantes que presentan las administraciones y órganos públicos (nos referimos a que no tengan un efecto neutro desde el punto de vista económico), es en definitiva aquello que permite a las administraciones y órganos públicos, utilizar los procedimientos administrativos de selección de contratistas, como técnicas de intervención económica para el logro de objetivos de eficiencia en las compras públicas.

En consecuencia, lo que cabe preguntarse ante tanta impropiedad es lo siguiente ¿que caracterizaría a un mercado de la contratación pública? La respuesta, la encontramos en un mercado hipotético en que las Administraciones y Órganos Públicos tengan un alto poder de mercado, como consecuencia de la existencia de una estructura de mercado de tipo monopsónica. En efecto, ha señalado la Comisión Europea que los mercados de la Contratación Pública, son aquellos en que las ofertas no se producen de manera regular, mientras que el valor de cada contrato individual es

usualmente muy significativa, por lo que la competencia existente en los mismos es muy agresiva. Los Contratos son tradicionalmente adjudicados a un único oferente (por eso usualmente se le denomina al oferente adjudicatario con la expresión “el ganador se lleva todo”, y no obstante pudiera ser debatido acerca de lo que la Comisión Europea considera un mercado de la contratación por licitación, esto es usualmente una interpretación común<sup>40</sup>.

La definición recién anotada, es la que en nuestra opinión refleja de mejor manera la expresión mercado de la contratación pública, siendo impropio la utilización de la misma para otras estructuras de mercado en que las administraciones y órganos públicos participan como un agente más, demandando productos diferentes y en zonas geográficas distintas, que en nuestra opinión representa la situación española.

En síntesis, y siguiendo en este punto a KLEMPERER<sup>41</sup> creemos que la expresión mercado de la contratación pública, está reservada para aquellos mercados que presentan las siguiente características

- (i) La competencia que se produce, es de aquella que se denomina “el ganador se lleva todo”, lo que significa que al ganador se le adjudica todo el contrato. Esta situación lleva implícito que a

---

<sup>40</sup> Cfr. considerando 79 del Case N<sup>o</sup> COMP/M.1883--Pirelli/BICC merger (European Commission 19 Julio de 2000), disponible en [http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1882\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1882_en.pdf), donde se indica a propósito de los mercados de la contratación pública lo siguiente: “The application and impact of the public procurement directives has to be examined in each individual case. In the HV/EHV power cable market, tenders take place infrequently, while the value of each individual contracts usually is very significant. Contracts are typically awarded to a single successful bidder (so-called “winner –take-all”-principle). Strong incentives therefore exist for all competitors to bid aggressively for each contract”.

<sup>41</sup>KLEMPERER, Paul. “*Bidding Markets*”, Junio 2005, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=776524](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=776524)

diferencia de lo que ocurre en los mercados tradicionales no exista un trade off entre el precio ofrecido y la cantidad ofrecida.

- (ii) Cada concurso, representará un porcentaje importante de las ventas del oferente de bienes y servicios durante el tiempo del contrato.
- (iii) La competencia de produce por cada contrato.
- (iv) Entrada de nuevos oferentes en el mercado es posible.
- (v) Existe un procedimiento de de selección de contratistas.

Mientras que las características (i), (ii), (iii) y (iv), apuntan a la estructura del mercado de la contratación pública, la signada con el número (v), se refiere al procedimiento de formación de precio. En nuestra opinión, es éste último punto lo relevante, ya que lo único que diferencia en nuestro ejemplo de los automóviles la demanda que hace el particular o una gran empresa vs la que hacen las administraciones y órganos públicos, es que la del primero no se realiza por un procedimiento formalizado –salvo calificadas excepciones en el caso de grandes compañías que sus procedimientos de compra la realizan por medio de licitaciones tomando prestado en este caso el derecho privado las formas del derecho público-- mientras que el estado, la demanda se realiza por un procedimiento formalizado en el cuál se realiza el proceso de formación del precio.

## **2. La Administración como demandante de bienes y servicios. ¿Son eficientes las administraciones y órganos públicos en la adquisición de bienes y servicios?**

Hemos visto anteriormente que las administraciones y órganos públicos, pueden participar en los mercados demandando bienes y servicios

interviniendo de esta manera en la vida económica en un determinado mercado relevante. También hemos analizado que uno de los principios que integran el deber de buena administración, está representado por la eficiencia económica en el gasto de los fondos públicos, y dado además las políticas comunitarias de déficit cero, nos permitiría afirmar a nivel teórico, que las administraciones y órganos públicos, son un agente más del mercado, que actúa en el mismo demandando bienes y servicios, al igual como lo hace un agente privado.

Detengámonos un momento en ésta última afirmación, ¿es posible afirmar en la realidad que las administraciones y órganos públicos, actúan como cualquier otro agente movido por el interés personal de maximizar sus propios beneficios?, o preguntado en otros términos ¿el deber de buena administración, es su vertiente de eficiencia en el gasto de los fondos públicos se presenta en la realidad?

Respondiendo las preguntas formuladas, algo ya adelantábamos en el capítulo     , en el que veíamos que el deber de buena administración, está compuesto por una serie de principios, y además el mismo, se encuentra consagrado en el CE, junto a otros derechos y deberes enfocados en el interés general, lo que trae como necesaria consecuencia, un sacrificio del principio de eficiencia, que impide a las administraciones y órganos públicos, actuar guiado sólo por criterios de maximización de fondos públicos. Dicho en términos simples, en algunas ocasiones la eficiencia debe ser sacrificada en pos del interés general. Lo expuesto ya nos arroja una pista para poder contestar las preguntas formuladas, en el sentido que las administraciones y órganos públicos, no son lo eficiente que la teoría y normativa prescribe, en sus procesos de compras publicas.

De esta manera, las administraciones y órganos públicos, no pueden ser considerados como un agente más que actúa en el mercado demandando bienes y servicios. Veamos porqué. La administración es un agente cualificado --o si se quiere *sui generis*-- que pone una nota diferenciadora con respecto a los agentes económicos que participan en los mismos mercados demandando bienes y servicios.

Esta nota diferenciadora que presentan las administraciones y órganos públicos, es resaltada por STIGLIZ, quien nos señala que el Estado en su intervención en la vida económica, puede afectar la producción o el consumo a través de distintas técnicas de intervención<sup>42</sup>. En su vertiente legislativa, el Estado dicta leyes que tienen incidencia en la actividad económica del Estado. Por su parte la administración, a través de distintas técnicas de intervención (ej. subsidios, sanciones), también puede afectar la actividad económica. Lo anterior, determina que el Estado ocupa un rol preponderante en el mercado --no como cualquier agente-- sino como un agente cualificado.

Antes de entrar a analizar el comportamiento de las administraciones y órganos públicos, es forzoso señalar que tal como lo ha reconocido la doctrina<sup>43</sup> y la Jurisprudencia del TDC<sup>44</sup>, se puede distinguir una doble

---

<sup>42</sup> Para un mayor detalle de los títulos, técnicas y formas de intervención Vid. entre otros VILLAR EZCURRA, José Luis. "Derecho Administrativo Especial" Madrid: Civitas, 1999. SANTA MARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Principios de Derecho Administrativo". Madrid: Iustel, 2004., RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Derecho Administrativo Económico", Cuarta Edición. Madrid: Marcial Pons, 2007, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ramón. "Curso de Derecho (...) Ob cit".

<sup>43</sup> DE LEMUS CHAVARRI, Fernando. "El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia" en Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española, N°2720, 2002, p.19-36, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=208981>.

<sup>44</sup> La distinción entre estado regulador y estado operador, corresponde a una construcción artificial efectuada por el TDC, con el objeto de ampliar o restringir según sea el caso, la revisión por parte del TDC de actos de naturaleza administrativa. La doctrina que puede

participación del estado en la economía, el del estado-regulador y el del estado-operador. Esta distinción que para nosotros corresponde a una separación teórica que es difícil identificarla en la práctica, atendido que las administraciones y órganos públicos, cualquiera sea la variante que ellos adopten, seguirán los lineamientos y directrices que el gobierno de turno imparta. Así y por ejemplo, si el objetivo del gobierno es priorizar los temas medioambientales --de seguro-- encontraremos procedimientos administrativos especiales, pliegos generales y particulares de las administraciones y órganos públicos, que estarán elaborados sobre la base de priorizar dichos objetivos. Lo que venimos señalando será entendido de mejor manera a medida que avancemos en el presente capítulo.

Pues bien, retomando el hilo conductor, la primera característica que presenta éste agente económico cualificado, es la autoridad y poder con que cuenta, lo que se traduce en lo siguiente: (i) el carácter universal del mismo, en el sentido que todos los particulares están sometidos a sus decisiones, (ii) la capacidad intrínseca de obligar o determinar el comportamiento de los agentes económicos, aún cuando no tenga poder de mercado --capacidad que no podemos encontrar en aquellos actores sin poder de mercado—(piénsese en las facultades exorbitantes con que cuentan las administraciones y órganos públicos para fijar los pliegos generales y particulares) (iii) tiene atribuida la potestad de gravar a los particulares con impuestos.

Las características anteriores, nos demuestran la particularidad que tiene el estado y que no presentan los otros agentes económicos que

---

desprenderse de la jurisprudencia del TDC, es que si el estado actúa como regulador, el TDC no puede entrar a conocer los actos administrativos dictados en virtud de dicha potestad. Por el contrario si el estado actúa como operador, el TDC puede entrar a conocer de las actuaciones que realicen dichos entes.

participan en el mercado. Así expuestas las cosas, la primera regla que exponemos en el presente apartado, es que las administraciones y órganos públicos cuando actúa en la vida económica no lo hacen como otro agente más, sino como uno de carácter cualificado, regla que es perfectamente aplicable al denominado mercado de la contratación pública.

Otra nota diferenciadora del estado-operador vs otros agentes económicos privados, y que en principio<sup>45</sup> se presenta como contrario al deber de buena administración, radica en que las administraciones y órganos públicos no pueden ser calificados como *homo economicus*<sup>46</sup> en la adopción de sus decisiones, dado que a diferencia de los particulares que participan como agentes económicos en un mercado relevante determinado maximizando sus beneficios y utilidades y actuando en su propio interés<sup>47</sup>, los órganos públicos tienen que satisfacer objetivos económicos y otros de distinta índole. En éste sentido la propia LSCP es ilustrativa desde que dentro de los objetivos que persigue, existen algunos de naturaleza económica que en último términos se deberían traducir en eficiencia y un mayor excedente del consumidor para el Estado, pero junto a los mismos, encontramos objetivos

---

<sup>45</sup> Expresamos en términos condicionales la expresión, dado que tal como vimos supra.       , ningún derecho o principio puede ser impuestos en términos absolutos frente a otros, por lo que cabe hablar de optimización de derecho.

<sup>46</sup>Palabras latinas que significan "hombre económico" utilizadas para designar una abstracción necesaria para la construcción de teorías económicas: el hombre económico es aquel que maximiza su utilidad, tratando de obtener los mayores beneficios posibles con el menor esfuerzo. El *homo economicus*, obviamente, no es una descripción de ninguna persona real sino un modelo de comportamiento que resulta útil para entender lo que sucede en los múltiples intercambios económicos que se realizan en las sociedades humanas. Puede decirse entonces que toda persona, en la práctica, actúa alguna vez o en algún sentido como un hombre económico, pero que ello sólo puede considerarse como una abstracción de una parte de su conducta, la que precisamente interesa para la formulación de la teoría económica. Las leyes económicas consideran que los *homos economicus* tienen diversas preferencias y buscan diversos fines, pero los igualan en cuanto a la conducta racional que despliegan para obtenerlos. Vid.

<sup>47</sup> TREMPTE, Peter, Ob Cit, p. 129.

no económicos<sup>48</sup> –muchas veces de signo contrario-- que reducen en términos importante el posible excedente del consumidor del Estado, si es que no llegan a suprimirlos totalmente.

Como destaca GIMENO FELIÚ<sup>49</sup>, si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configurados como políticas propias en el Tratado). La Comunidad no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria<sup>50</sup>.

De esta manera, cualquiera de las administraciones y órganos públicos que la LCSP considera como sujetos al ámbito de aplicación de la misma, puede en algunos casos maximizar sus objetivos no económicos y tener

---

<sup>48</sup> Resulta ilustrativo citar la exposición de motivos de la LCE dónde se deja expresa constancia que unos de las preocupaciones de la LCE es precisamente el medioambiental. En efecto se señala en la exposición de motivos: "Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterio para valorar ofertas (...).

<sup>49</sup> GIMENO FELIÚ, J.M., *"La Nueva Contratación Pública Europea y su Incidencia en la Legislación Española"*. Madrid: Civitas, 2006, p. 47.

<sup>50</sup> A la misma conclusión llega STIGLITZ, al señalar las diferencias entre el análisis económico que realizan los agentes privados y los públicos. Señala el autor que mientras los primeros, sólo se centran en un análisis de ganancias, los segundos tiene también que incorporar en el análisis otro tipo de variables no económicas. El autor indica: "(...) First, while the only consequences of a project that are of concern to the firm are those that affect its profitability, the government may be concerned with a much broader range o consequences. For example, it may be concerned with the ecological effects of a dam, and with the impact of the dam on the river's recreational uses". Cfr. STIGLITZ, "Economic of The Public Sector" Third Edition. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p.274.

pérdidas y seguir subsistiendo, a diferencia de un agente privado que si tiene pérdidas sostenidas, desaparecerá de la vida económica al caer en quiebra<sup>51</sup>.

Lo que venimos señalando, es ratificado por lo dispuesto por el artículo 1.3 de la Ley 22/2003<sup>52</sup>, la que en contempla como excepción del ámbito de aplicación subjetivo a las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. La cuestión que debe precisarse a continuación --para poder concluir con carácter limitado y sin generalizaciones-- de esta exclusión es si el ámbito de exención subjetiva es coincidente con el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP. Creemos, que dada la amplitud del término ambos supuestos, de exclusión (Ley 22/2003) y aplicación (Ley 31/2007) subjetivo son coincidentes, desde que si el fundamento de la exclusión reside en el la satisfacción del interés público, los entes privados respecto de los cuáles se predica que han huido del derecho administrativo, también están al servicio de dichos fines tal como lo reconoce en forma expresa la LCSP y la Jurisprudencia del TJCE, tal como veremos *infra*  <sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Una interesante contraposición entre el estado y los agentes económicos privados la expone Stigler, quien al elaborar determinadas reglas de actuación del estado, nos señala que el estado nunca sabe cuando salirse del mercado. En este mismo sentido expone el autor citado que una de las grandes invenciones de la normativa privada es la institución de la quiebra que viene a poner freno a las pérdidas costosas. En efecto, el autor señala: “Rule 5: The state never knows when to quit. One great invention of a private enterprise system is bankruptcy, an institution for putting an eventual stop to costly failure”. Vid. STIGLER, Geroge J. – SAMUELSON, Paul. A., “A Dialogue on The Proper Economic Role of the State”, Selected Papers N° 7, Graduate School of Business, University p. 12

<sup>52</sup> Artículo 1. Presupuesto subjetivo.

3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

<sup>53</sup> A una conclusión similar llega CARLÓN RUIZ, al señalar que la exclusión alcanza tanto a las formas de personificación pública y privada cuyo fin sea de forma inmediata la satisfacción del interés público. Vid. CARLÓN RUIZ, Matilde. “Las Administraciones Públicas Ante el Fenómeno Concursal: Algunas Reflexiones al Hilo de la Nueva Ley” en RAP N°164 mayo-agosto 2004, p.103.

Lo anterior, es expuesto en otros términos por ORDOÑEZ<sup>54</sup>, con quien coincidimos sólo a nivel de evidencia empírica, más no en el plano teórico, que los órganos públicos tienen unas finalidades tan alejadas de las empresariales que, a pesar de los esfuerzos constantes por introducir mejoras en su gestión, parece que inevitablemente debe seguir siendo una organización cuyos resultados se miden más con criterios cualitativos y muy subjetivos (políticos, interés general) que por instrumentos de eficiencia económica.

Evidentemente, las administraciones públicas no están presionadas por objetivos de rentabilidad de activos<sup>55</sup> o de patrimonio ni por cuentas de resultados<sup>56</sup>, y esto cambia mucho la perspectiva de su gestión de compras, lo que viene a ratificar nuestra conclusión en el sentido que el Estado en su calidad de agente económico o estado operador que se desempeña en los mercados por el lado de la demanda, es de carácter sui generis.

La diferencia entre los agentes económicos privados y públicos, también queda de manifiesto al analizar el potencial comportamiento que puede desplegar el agente privado o público sea que tengan o no posición de

---

<sup>54</sup> ORDOÑEZ BORDIU, Gonzalo, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Segunda Edición, Madrid: Thomson Civitas, 2004, p.1036.

<sup>55</sup> En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando analizando los objetivos que persigue la subasta regulada en la antigua LCE, señala que dicho mecanismo, no sólo actúa como límite de la discrecionalidad administrativa y por ende como un mecanismo de control de la corrupción en los funcionarios, sino que también a la legítima desconfianza de la capacidad comercial de los órganos públicos. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Dos Regulaciones Orgánicas de la Contratación Administrativa* en RAP N°10, p.256.

<sup>56</sup> En este sentido, resulta ilustrador los datos que aparecen en el Estudio de Optimización llevado a cabo por la INAP en marzo de 1999, en que el 75% de los funcionarios superiores de la Administración General del Estado, piensan que desde los principios de eficacia, eficiencia y economía no son maximizados por las Administraciones faltando una conciencia del coste en los empleados públicos. **Vid.**

dominio<sup>57</sup>. En este sentido, es muy probable que el agente privado que detenta una posición de dominio, abuse de la misma, explotando ella en su propio beneficio. Por su parte, el órgano público, que detente poder de mercado<sup>58</sup> y que actúa en estructuras de mercado de naturaleza monopsonías<sup>59</sup>, verá limitado la posibilidad de abuso, dado que los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad, que forman parte del deber de buena administración, restringen el abuso en que pudiera incurrir las administraciones u órganos públicos encontrándose en principio impedido de explotar el excedente del productor en su propio beneficio. Además de lo anterior, el hecho que la LCSP, obligue a los órganos públicos a promover la concurrencia y los criterios transparentes de selección de contratistas, morigeran --por no decir limitan-- las posibilidad de abuso o de explotación de la posición de dominio de los órganos públicos, limitando el poder comprador. También restringe el ejercicio de posición de dominio, el hecho que las decisiones de compra se encuentren dispersas en un gran

---

<sup>57</sup> El *leading case*, en materia de posición de dominio proviene del Tribunal de Justicia en el caso *United Brands* (1978) el cuál define la posición de dominio como una situación de poder económico que permite a su titular "(...) obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva ..., proporcionándole de forma importante la posibilidad de adoptar comportamientos independientes frente a los competidores, los clientes y los consumidores".

<sup>58</sup> El poder de mercado, puede provenir de distintas razones que pueden ser separadas en dos categorías. Así el poder de mercado puede deberse al tamaño que presenta un actor con relación al mercado relevante de que se trate, o bien, debido a la importancia estratégica de un determinado oferente o productor en el mercado.

<sup>59</sup> Pareciera tentador, considerar *prima facie* personificar al sector público como un agente que *per se* detenta posición de dominio, ya que si uno analiza las cifras que la contratación pública lleva envuelta (Vid. *Supra* \_\_\_\_), la conclusión lógica es que el estado detenta posición de dominio. No obstante lo anterior, el sector público está compuesta por un conjunto de órganos públicos de distintas naturaleza con patrimonios separados por lo que no puede hablarse de estructuras monopsonías. Tampoco pareciera que los órganos del sector público actúan de manera coordinada --como lo harían agentes económicos en una estructura de mercado oligopsonico de carácter colusivo-- por lo que tampoco pueden ejercer posiciones de dominio colectivo. Vid en este Sentido. Office of Fair Trading "*Assesing the Impact of Public sector Procurement on Competition*", p.40, disponible en [www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/comp\\_policy/oft742c.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft742c.pdf).

número de administraciones y órganos públicos, tal como lo demuestra el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP.

Ahora bien, si vemos el otro lado del mercado, esto es, el de los oferentes o interesados en los procedimientos de selección de contratistas, los mismos aún no poseyendo poder de mercado, tal como lo apunta LAFFONT y TIROLE, pueden igualmente explotar el excedente de consumidor de los órganos públicos, por el problema de información asimétrica que generalmente existe entre comprador y vendedor<sup>60</sup>.

Por otro lado, y haciendo un paralelo entre los procedimientos de selección de contratistas que podemos encontrar en el sector privado con sus homónimos públicos las diferencias que se presentan en uno y otro demuestran lo que venimos señalando. En efecto, en el sector privado, muchas de las compras que se realizan bajo el esquema de selección de contratistas, pueden ser explicadas bajo el *Teorema del Ingreso Equivalente*<sup>61</sup>-- en que el criterio rector para la selección de contratistas, descansa sobre la base del precio más conveniente, a diferencia de lo que ocurre en la LCSP

---

<sup>60</sup> En este sentido los autores señalados indican que en general, la selección adversa – fenómeno que analizaremos infra \_\_\_\_, permite a las empresas extraer rentas en su interacción con el gobierno aún cuando su poder de negociación sea bajo. Cfr. LAFFONT, Jean – Jacques – TIROLE, Jean. “*A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*”. Cambridge: MIT Press, 1993, p.2, quienes señalan: “In general, adverse selection allows the firm to extract a rent from its interaction with the government even if its bargaining power is poor”.

<sup>61</sup> En el sector privado, se conocen distintos tipos de subastas<sup>61</sup>, todas las cuáles tienen como criterio de adjudicación básico el elemento precio. Conforme con lo anterior, las distintas clases de subastas presentan elementos comunes que determinan que bajo ciertos supuestos, las rentabilidades obtenidas serán las mismas cualquiera sea el formato utilizado. Lo anterior, se conoce bajo el Teorema de Ingreso Equivalente y los supuestos sobre los que el mismo descansa, son los siguientes: (i) los interesados en los procedimientos administrativos de selección de contratistas son neutrales al riesgo; (ii) las ofertas que se presentan siempre deben ser mayor al precio de reserva, (iii) el interesado que realice la mayor oferta en términos monetarios, será adjudicado con el contrato público y (iv) las ofertas se realizan sobre la base de la valoración individual.

dónde el criterio para resolver los procedimientos, es el de la oferta económicamente más ventajosa la que no tiene siempre una explicación en el componente precio y en todo caso el procedimiento administrativo elegido determinará los resultados en eficiencia según el caso que se trate.

Un apoyo empírico de lo que venimos sosteniendo --de que los órganos públicos son ineficientes en su participación en el mercado<sup>62</sup>-- lo encontramos en el informe que ha evacuado la OCDE quien ha puesto la voz de alerta al señalar los precios excesivos que existen en determinados ámbitos de la contratación pública, como es el caso de las obras públicas en que el precio pagado supera casi el 50% del promedio pagado en la Unión Europea<sup>63</sup>. No obstante lo anterior, esta cifra alarmante en términos de eficiencia y buena gestión administrativa, contrasta con la de los productos más homogéneos en los cuáles no se aprecian diferencias significativas entre los distintos países comunitarios<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> El fracaso del estructuralismo como corriente de pensamiento, que ve al Estado como el agente principal de la modernización a nivel de producción, social e institucional y en el cuál las empresas públicas juegan un rol fundamental en la economía, también es una muestra si se quiere histórica a ésta altura de que los órganos públicos no son eficientes cuando actúan como agentes económicos en la Economía. Para una explicación más detallada del Estructuralismo Vid. CARBAJALES, Mariano. *"El Estado Regulador"*. Buenos Aires: Depalma, 2006, p.26 y sgtes.

<sup>63</sup> Vid el Informe de la OCDE, *"Estudios Económicos: España"*. Madrid: Mundi Prensa Libros, 2001, p. 63.

<sup>64</sup> Así lo concluye el denominado COWI Report quien en base a un estudio de la información disponible señala que el precio actual pagado para los productos (papel de impresora) y servicios (de limpieza) que componen la muestra una variación pequeña a través de los distintos países. No obstante lo anterior, corrigiendo las diferencias específicas que pudieran existir entre los distintos países en términos de impuestos y poder compra, determinan que los precios para el papel no son significativamente diferentes, como tampoco lo es el caso de los servicios de limpieza que la diferencia entre los precios no es estadísticamente relevante". En efecto, señala el citado informe: "In summary: The actual paid price of the selected product (printing paper) and service (cleaning) in the comparison analysis shows very little variation across the individual countries. Thus, correcting for country-specific differences such as taxes and purchasing power means that the compared prices of printing paper are not significantly different between countries, while the prices of cleaning service are

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, también encontramos evidencia que demuestra que los órganos administrativos, no son eficientes cuando tienen que participar en la vida económica, lo cuál queda reflejado en el fenómeno de la huida del derecho administrativo, y más precisamente las justificaciones que se han señalado para permitir que órganos que son desde su punto de vista financiero, dirección y objetivos cien por ciento públicos, adopten formas privadas para actuar en la vida económica. El denominador común que hay en el fenómeno de la huida, es como expone ARIÑO<sup>65</sup> la búsqueda de la eficacia para las actuaciones del Estado o como lo expone DEL SAZ, en el ámbito de la contratación pública, como una forma de reacción frente a un modelo rígido de contratación pública, basado en la creencia a ciegas de la efectividad de los controles para la protección de los fondos públicos, y en que la libertad de pactos se había cercenado por completo<sup>66</sup>.

## **2.1 La huida del derecho administrativo y su limitación. Una demostración del carácter atomizado y de la falta de eficiencia de los demandantes en el denominado mercado de la contratación pública.**

El fenómeno de la huida del derecho administrativo, nos lleva a analizar otro factor relevante que presenta la demanda en los denominados mercados de la contratación pública, cuál es el de la atomicidad que presenta el mismo.

---

statistically identical even without correcting for countryspecific *differences*. Cfr. "Study on Monitoring Ob Cit", p.43.

<sup>65</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Comentarios a la Ley de las Administraciones Públicas", Granada Comenares, 2002, p.49.

<sup>66</sup> DEL SAZ, Silvia, ""La Nueva Ley de Contratos del Sector Público, ¿Un Nuevo Traje con las Mismas Rayas?" en RAP N°174 septiembre-diciembre 2007, p.335-366.

En concreto, postulamos que, dos fenómenos jurídicos - administrativos, ratifican la atomicidad que presenta la demanda de bienes y servicios en el mercado de la contratación pública, con importantes consecuencias en términos de eficiencia en las compras públicas. Dichos fenómenos corresponden por una parte a la huida del derecho administrativo, y por otro, a los límites impuestos a dicho fenómeno por parte del TJCE, límites incorporados posteriormente por el legislador español a la LCSP lo que en palabras de FELIÚ, el fenómeno de la limitación de la huida del derecho administrativo, viene a constituir una herramienta para el levantamiento del velo de la personalidad de los entes sujetos al derecho privado, dejando al descubierto su verdadera condición de sujetos públicos<sup>67</sup>.

Por ello nos detendremos brevemente<sup>68</sup> en el fenómeno de la huida y los límites o control saludable --en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>69</sup>-- a la misma, que se observan en el ámbito de la contratación administrativa para apoyar nuestra conclusión con respecto a la atomicidad de la demanda.

---

<sup>67</sup> GIMENO FELIU, Jorge. *“El control de la Contratación Pública (Las Normas Comunitarias y su adaptación en España)”*. Madrid: Civitas, 1995, p.129-130.,

<sup>68</sup> Para una visión más detallada del fenómeno de la huída del Derecho Administrativo Vid. entre otros RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Administraciones Públicas y Derecho Privado”*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 16-22.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar y López de Castro, Lucía. *“¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho”* Fundación BBV, p.9-21. SALA ARQUER, José Manuel *“Huida al derecho privado y huida del Derecho”*, en REDA N°75, marzo 1992, p. 399; Del Saz, Silvia. *“Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”*, en obra colectiva, *“Nuevas perspectivas del derecho administrativo”*. Madrid: Cívitas, 1992; *“La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”*, en RAP N°133, enero-abril 1994, p. 57-98; GARRIDO FALLA, Fernando, *“Privatización y reprivatización”*, en RAP N° 126, septiembre-diciembre 1991, p.7-26.

<sup>69</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo *“Ámbito de Aplicación de la Ley”* en *“Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*, segunda edición. Madrid: Civitas, 2004, p. 86.

Tal como apunta acertadamente GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ RODRÍGUEZ<sup>70</sup>, la huída del derecho administrativo, se manifiesta en dos ámbitos de actuación. El primero de ellos, atribuidos al poder legislativo en virtud del cuál, este poder del estado, extrae del mundo del derecho administrativo a determinados entes que han formado tradicionalmente parte del derecho administrativo; y el segundo de ellos, por creación directa por parte de órganos pertenecientes a la Administración del Estado<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, Ob. Cit, p.408 y sgtes.

<sup>71</sup> En este sentido, los autores citados no indican como un ejemplo del fenómeno de la huída del derecho administrativo --y en consecuencia como evidencia indirecta de la multiplicidad de demandantes que participan por el lado de la oferta en el mercado de la contratación pública--: "a organizaciones administrativas completas, tradicionalmente gobernadas por Direcciones Generales de un Ministerio. Ejemplos: Correos y Telégrafos (Ley de Presupuestos Generales del Estado de 27 de diciembre de 1990, art. 99), Agencia Estatal de Administración Tributaria (misma Ley de Presupuestos para 1991, art. 103; art. 106 de la Ley de Presupuestos para 1992 y art. 97 de la Ley de Presupuestos para 1993), Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Ley de 20 de junio de 1990), Puertos del Estado (Ley de 24 de noviembre de 1992, art. 24), o incluso, y nada menos, organizaciones previstas por la Constitución misma (es el caso del Consejo Económico y Social, art. 131.2 de la Constitución, Ley de 17 de junio de 1991 y art. 109 de la Ley de Presupuestos para 1992). Ha sido también frecuente la intercalación de «sociedades de gestión», a las que se atribuye la gestión de un ámbito determinado de competencia administrativa (por ejemplo: acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de febrero de 1992, no publicado, por el que se autoriza la creación de la Sociedad Estatal de Infraestructura y Equipamientos Penitenciarios, S. A., Sociedad sobre la que se ha pronunciado, como veremos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para condenar su exclusión del régimen de contratación pública; en el caso de la Generalitat de Cataluña parece que una Sociedad de este mismo signo intermedia toda o casi toda la inversión en obras públicas, fórmula claramente fraudulenta que han comenzado a seguir muchos Ayuntamientos; en el caso de acciones y de empresas públicas, otros acuerdos del Consejo de Ministros, igualmente sin publicar, han autorizado la cesión de dichas acciones a «sociedades estatales», a las que, a su vez se habilita para su colocación en bolsas o inversores privados, facilitando así un curioso sistema de reprivatización de carteras públicas, con la misma libertad con que un propietario administra o enajena sus fondos. En fin, en el ámbito patrimonial inmobiliario estricto, la Gerencia de Infraestructuras de Defensa, que maneja el importantísimo fondo inmobiliario procedente de acuartelamientos e instalaciones militares (situados tradicionalmente en el centro de muchas ciudades y que son sistemáticamente desplazados), RENFE (ahora desdoblada por la Ley del Sector Ferroviario de 17 de noviembre de 2003 en ADIF, Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, a la que corresponde, entre otras cosas, la gestión y explotación de las estaciones e instalaciones

La huida del derecho administrativo y la limitación a la misma produce un aumento de la actividad contractual del sector público, ya que además de las tradicionales Administraciones Públicas, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, la LCSP les hace extensiva su ámbito de aplicación subjetiva, debemos sumar a todos aquellos entes que no obstante su estructura jurídica privada, siguen sometándose al derecho público --y por ende al régimen de contratación administrativa--.

Tres criterios se utilizan para sumar a la demanda de bienes y servicios públicos, más agentes económicos. Dichos factores son el funcional, económico y de dirección que se encuentran incorporados en el artículo 1º de la LCSP<sup>72</sup>. De esta forma, deben ser considerados demandantes de bienes y servicios a todos aquellos entes, que conforme al criterio funcional, económico y de dirección, puedan ser calificados como órganos públicos de contratación.

---

ferroviarias desafectadas, y RENFE-Operadora, entidad pública empresarial mera prestataria de servicios de transporté), el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (art. 96 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 29 de diciembre de 1992, sobre todas las viviendas y locales de los antiguos Patronatos de Viviendas Militares), etc., fueron eximidos de las formalidades que para la enajenación de inmuebles establecía la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, a". Vid. Ibid, p.408-409.

<sup>72</sup> Artículo 1º. Ámbito de aplicación subjetiva.—1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley.

(...) 3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de **interés general** que no tengan, carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente **financiada** por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un **control por parte de estas últimas**, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia, estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público (...).

El tema que conviene precisar para poder dimensionar el universo al que nos estamos refiriendo, son los conceptos jurídicos indeterminados que lleva implícita la norma que limita la huida del derecho administrativo de la contratación, y que son precisamente interés público, ámbito funcional y financiamiento mayoritario por parte de las administraciones y órganos públicos.

A nivel doctrinario, y tal como plantea ANDRADE GÓMEZ<sup>73</sup> en base a la jurisprudencia del TJCE estudiada, existen algunos rasgos definidores de lo que debemos entender por interés general. Así por ejemplo, se considerará que un órgano desarrolla actividades de interés general, cuando las mismas tengan por objeto satisfacer de manera directa o indirecta, las necesidades o requerimientos de un colectivo amplio de personas. También el citado autor, considera que dentro de las actividades de interés general deben considerarse aquellas destinadas a la producción de algún beneficio para alguna entidad pública, con lo cuál concluye que deben considerarse todas aquellas actividades que en términos amplios son auspiciadas por órganos públicos.

Por su parte, la jurisprudencia del TJCE, si bien no ha dotado de contenido acerca de lo que debemos entender por interés general, ha comprendido siempre a dicho interés en términos amplios<sup>74</sup>, interpretación que resulta pertinente ponerla de manifiesto ya que abarca la generalidad del

---

<sup>73</sup> GARCÍA-ANDRADE, Jorge. *"Derecho Administrativo en la Contratación Pública entre Privados"*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p.52.

<sup>74</sup> Así se puede observar en una de las sentencias dictadas contra España, en que el TJCE sienta la siguiente doctrina: "(...) conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la citada Directiva, dicho concepto (entidad adjudicadora) debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia". *Vid.* STJCE de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00 (Ar. TJCE2003\38) y STCE de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03 (Ar. TJCE2005\10)

mercado común europeo<sup>75</sup>. Además el tribunal europeo, ha dejado claro que no existen actividades al margen del mismo. Así el TJCE ha entregado los siguientes elementos conforme a los cuáles determinar si un determinado ente debe ser considerado como demandante de bienes y servicios público para el ámbito de aplicación de la LCE.

- La existencia de un poder público, auspiciando, encomendado o disciplinando una determinada actividad<sup>76</sup>.
- La irrelevancia de que todas las funciones del ente público estén destinadas a la satisfacción de intereses generales, sino que basta que sólo una de ellas persiga tal objetivo<sup>77</sup>.
- La relación de actividades del órgano con el Orden Público en cualquiera de sus esferas, como por ejemplo el sanitario<sup>78</sup>.
- Basta con que forme parte del Estado independientemente del poder al cuál pertenezca, ejecutivo, legislativo o judicial --lo que en nuestra opinión, viene a romper el ya frágil principio de separación de poderes o preponderancia de funciones, ya que en el caso en comento se le atribuye el carácter de poder adjudicar al órgano legislativo--<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Hacemos presente la pertinencia que resulta de citar las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que dicho Tribunal, entendió en la STJCE de 27 de febrero de 2003, Asunto C-373/2000 (TJCE 2003\51) que "las necesidades de interés general son conceptos de interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad.

<sup>76</sup> STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-44/96. (Ar. TJCE1998\3)

<sup>77</sup> STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-44/1996. (Ar. TJCE1998\3)

<sup>78</sup> STJCE de 10 de noviembre de 1998, Asunto C- 360/96 (Ar. TJCE 1998\268) y STJCE de 27 de febrero de 2003, Asunto C-373/2000 (Ar. TJCE 2003\51)

<sup>79</sup> STJCE de 17 de septiembre de 1998, Asunto C-323/96. (Ar.TJCE 1998\201)

- Cuando por causas posteriores, un ente que inicialmente no ha sido constituido con fines públicos, llega a atender los mismos<sup>80</sup>.

Con respecto al criterio económico, debemos concluir necesariamente, que el término de mayoría al cuál se refiere la LCPS, debe interpretarse en el sentido que significa más de la mitad, tal como apunta GONZÁLEZ - VARAS<sup>81</sup>, además de indicar que para dicho cálculo deben tenerse en consideración todos los ingresos de dicho organismo, incluidos los obtenidos dentro del giro o tráfico mercantil o industrial.

## **2.2. La errada visión del TJCE, en torno a los agentes económicos que participan por el lado de la demanda en la adquisición de bienes y servicios.**

El hecho que España haya incorporado las Directivas Europeas sobre Contratación Pública con casi nula variación en su contenido, importa en la práctica que los pronunciamientos emitidos hasta la fecha por el TJCE, sean extrapolables como criterio de interpretación de la LCSP.

Lo anterior, tiene una doble incidencia en el denominado mercado de la contratación pública, la primera de ellas, el aumento de actores que participan por el lado de la demanda en el mercado o lo que es lo mismo del número de administraciones y órganos públicos, lo que conlleva ciertas desventajas según veremos en el capítulo siguiente, pero además las sentencias analizadas nos han permitido detectar un grave error económico en el razonamiento del TJCE, que creemos, debe ser revisado.

---

<sup>80</sup> STJCE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-470/99. (Ar. TJCE 2002\369)

<sup>81</sup> GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. "El Contrato Administrativo". Madrid: Civitas, 2003, p.48.

Los múltiples errores que presentan los razonamientos del TJCE, se producen al momento de calificar qué tipos de entes deben quedar exentos de la aplicación de las Directivas --y en lo que a nosotros nos interesa-- de la normativa de procedimientos de selección de contratistas. En concreto, la errada interpretación que se produce es el sentido o alcance que se le da a las actividades mercantiles.

Tal como apunta GARCÍA ANDRADE, el TJCE califica de mercantiles, a aquél tipo de actividades que en su giro o tráfico se encuentran sometidos a las reglas del mercado, lo que significa en otros términos que su actividad estará gobernada por el juego de la oferta y la demanda<sup>82</sup>. Ahora bien, conviene indagar, qué es lo que entiende el TJCE, por reglas del mercado, lo cuál nos obliga a detenernos en el análisis de los criterios que han configurado las reglas del mercado para el TJCE.

Vamos por parte. El TJCE, entiende que si la fijación de precios de los productos es decidida por órganos de composición pública, dicha actividad no se encuentra sometida a las reglas del mercado<sup>83</sup>.

Creemos que dicha postura adolece de una serie de imperfecciones desde el punto de vista de la comprensión que se tiene del mercado, confundiendo el proceso de formación de precios en los mercados tradicionales con el procedimiento de formación del precio en los procedimientos de selección de contratistas, cuestión que no es baladí, ya que mientras en la primera tipología de mercados dependiendo de la estructura que presenten, o será fijado por el libre juego de la oferta y de la demanda, cuestión que ocurrirá en los mercados de competencia perfecta, o bien, serán

---

<sup>82</sup> GARCÍA – ANDRADE Gomez, Jorge. *“Derecho Administrativo en la Contratación entre Privados”*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p.58.

<sup>83</sup> STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-44/1996. (Ar. TJCE1998\3).

fijados en base al precio que cobre líder del mercado, cuestión que ocurre en los sistemas de oligopolios no colusivos por una cuestión de paralelismo en el comportamiento de los agentes económicos, o por un acuerdo expreso o tácito en los modelos de oligopolios o oligopolios colusivos o en último término son fijados por el monopolista. En el caso de los mercados de la contratación pública, nuestra postura es que los precios se forman de manera muy similar a como ocurre en las estructuras de mercado en que las administraciones y órganos públicos se desempeñen, desde que tal como vimos supra       , los procedimientos de selección de contratistas, no hacen sino que replicar las estructuras de mercados en los cuáles ellos participan, y si replican las citadas estructuras, en el procedimiento administrativo, se debiera replicar la estructura de precios imperantes en los mercados en que las administraciones se desenvuelven demandando bienes y servicios.

Un análisis un poco más detenido servirá para aclarar lo anterior. Si bien en principio, los precios que llevan aparejado la ejecución del contrato, en la mayoría de los procedimientos de selección de contratistas, son fijados ex – ante por las administraciones y órganos públicos, lo que nos evoca un proceso de formación de precio, propio de una estructura de mercado de tipo monopsónica y por ende realizado al margen de las reglas del mercado, en el hecho, las administraciones y órganos públicos no pueden lograr los efectos que en su propio beneficio obtiene el agente privado cuando es capaz de fijar los precios. Dos razones esgrimimos para fundamental el aserto. Además de las argumentaciones de legalidad e interdicción de la arbitrariedad que hemos visto anteriormente, debemos mencionar en este apartado, que los volúmenes de compra individualmente considerados no son de la entidad suficiente que le permitan a las administraciones y órganos públicos, imponer condiciones a los oferentes, fijando consecuentemente el precio

por sobre el equilibrio del mercado, lo que viene a presentar un rasgo diferenciador con el monopsonista, ya que en principio éste puede fijar el precio en su propio beneficio. Así, si la administración decide imponer los precios es muy probable que termine declarando sin interesados el procedimiento de selección de contratistas y los interesados oferentes prefieran enfocar sus ofertas en la demanda privada. Y la segunda, radica en que las administraciones y órganos públicos no son capaces de obtener del mercado información adecuada con respecto a los precios, y poder comparar la misma con criterios objetivos, de ahí como apunta TREMPTE, que la gran preocupación de los gobiernos, sea la de imponer una cierta forma de objetividad en el proceso de evaluación, lo que pasa por que quienes toman las decisiones de compra, sean obligados a adoptarlas conforme a la información objetiva disponible, lo cuál sólo es posible en la medida que la misma sea obtenida por medio de comparación, recabada de encuestas objetivas<sup>84</sup>.

Conforme con lo expuesto y dada las restricciones de información que enfrentan las administraciones y órganos públicos que desarrollaremos con mayor detalle infra       , de seguro estos agentes económicos terminan pagando precios superiores a los de equilibrio del mercado, cuestión que resulta difícil de comprobar desde un punto de vista empírico<sup>85</sup>.

Lo anterior, nos lleva a concluir que el precio no puede fijarse de espaldas al mercado como si no se tuviera competencia efectiva, sino que por

---

<sup>84</sup> Vid. TREMPTE, Peter. "Regulating Procurement Ob cit", p.91-92.

<sup>85</sup> Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "¿Es Necesaria una Op Cit?, p.43, quien conciente de lo limitado de la información se realiza los mismos cuestionamientos que nosotros formulamos a nivel intuitivo en el texto principal señalando al efecto: "Un adecuado tratamiento de la información sobre los precios de las ofertas seleccionadas en las adjudicaciones de bienes y servicios realizadas por una Administración determinada nos indicaría algo tan importante como si se está comprando o no a precios de mercado"

el contrario en los procedimientos de selección de contratistas o se fijará el precio del mercado o uno superior al de equilibrio, dada las restricciones informativas con que cuentan las información y órganos público<sup>86</sup>.

Pero el razonamiento del TJCE, también resulta errado, si lo miramos desde la perspectiva del proceso de formación del precio, ya que mientras en los mercados tradicionales de competencia perfecta, el precio se fijará en aquél punto en que la demanda y la oferta se intersectan, entregando dicho fenómeno información del precio eficiente, en los procedimientos administrativos abiertos, se busca que la entidad pública pague el precio de mercado, estando por ende el procedimiento administrativo diseñado para que se repliquen las bondades de los mercados de competencia perfecta, por lo que tampoco puede hablarse que en estos casos que la entidad pública se encuentre al margen de las reglas del mercado.

Finalmente, queda poco lugar para sostener la conclusión a la que arriba el TJCE en el caso de las entidades privadas que huyen del derecho administrativo, ya que sin duda estos entes participan como demandantes de bienes y servicios en el mercado, prescindiendo por completo del procedimiento formal de selección de contratistas, por lo que bajo dichos parámetros necesariamente deben someter su actuación a las reglas del mercado.

En consecuencia como se puede apreciar, constituye un error pretender ampliar la aplicación subjetiva de la LCSP, conforme a un criterio de fijación de precios de los productos por órganos de composición pública, por lo que estimamos que esta interpretación debe ser revisada.

---

<sup>86</sup> RIVERO ORTEGA, Rircardo. "¿Es necesario?, Ob cit, p.38 y 580.

Otro criterio, que se encuentra implícito en la jurisprudencia comunitaria del TJCE --ahora para restringir la aplicación de la LCSP-- es el criterio de rendimiento, eficacia y rentabilidad<sup>87</sup>. Dicho en otros términos, el TJCE considera que si un ente se guía por criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, su actividad es de naturaleza mercantil. A contrario sensu, si la actividad de dicho órgano no se guía por la aplicación de dichos criterios su actividad no será mercantil.

En nuestra opinión, nuevamente el TJCE incurre en errores evidentes y de seguir aplicando el mismo importa un flagrante sacrificio al deber de buena administración y a los principios de eficiencia que conforman el mismo y a las propias políticas de déficit controlado que también hemos analizado.

En efecto, veíamos supra \_\_\_ que el deber de buena administración, impone como criterio de actuación a los órganos de la administración del estado, la eficacia y eficiencia. El primero de los conceptos, se identifica plenamente con uno de los parámetros expuestos por parte del TJCE. Ocurre lo mismo con el concepto de eficiencia, ya que ella no puede sino ser entendida con los de rentabilidad y rendimiento. En efecto, la actuación en términos de costo beneficio que es a lo que se refiere el concepto de eficiencia, alude a obtener una mayor rentabilidad de los caudales públicos.

Creemos por el contrario a la vista de las críticas formuladas, que el criterio que debiera imperar como ámbito para someter o excluir de la aplicación de la ley, es uno de naturaleza subjetiva, cuál es el ánimo de lucro. En efecto, lo que es propio de la actividad mercantil, es precisamente el

---

<sup>87</sup> STJCE de fecha 30 de enero de 2001, Asunto C-223/99 y C-260/99 (Ar. TJCE 2001 \ 136)

ánimo de lucro que es muy distinto a la eficiencia, eficacia en la administración de recursos sean estos públicos o privados.

### **2.3. La atomicidad del mercado de la contratación pública y sus repercusiones en la eficiencia de los fondos públicos.**

Tal como vimos en el capítulo anterior, la estructura de la demanda en el sector de la contratación administrativa se encuentra organizada de manera atomizada, dada la existencia de múltiples agentes económicos independientes con personalidad jurídica y patrimonio propio, de naturaleza estatal que demandaban bienes y servicios sin ningún grado de coordinación y de manera independiente.

Ahora bien, la LCSP establece ciertos mecanismos destinados a optimizar las compras públicas que las administraciones y órganos públicos canalizan a través de los procedimientos administrativos de selección de contratistas y que en opinión de MORENO MOLINA, “están llamadas a desarrollar un importante papel tanto en la Ley 30/2007 como en la 31/2007, técnicas que además permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia<sup>88</sup> del sistema público de compras”<sup>89</sup>. En nuestro concepto el sistema de compras públicas centralizadas, no es la regla general, sino que por el contrario, la excepción. Dos antecedentes nos permiten sustentar la tesis de que el sistema de compras públicas no es de carácter centralizado, sino que desconcentrado, impidiendo por tanto alcanzar de manera absoluta altas cotas de eficiencia y sinergías que el primero de los sistemas mencionados, lleva aparejado.

---

<sup>88</sup> Nuevamente encontramos un autor que confunde los términos eficacia con eficiencia. El lector deberá a esta altura entender las diferencias existente entre ambos conceptos, los cuáles con ocasión del análisis del principio de buena administración. Vid Infra. .

<sup>89</sup> MORENO MOLINA, Ob. Cit, p. 95.

En primer lugar la existencia de unidades de compras a nivel estatal, autonómico y local, impiden alcanzar un poder monopsónico y llevar adelante políticas comunes de compras públicas. Por otra parte, el hecho que la norma no sea preceptiva sino que discrecional<sup>90</sup> para los entes canalizar sus compras a través de los organismos centralizados de compra, impiden obtener todas las ventajas que ésta clase de órganos llevan aparejados y que pasamos a analizar a continuación<sup>91</sup>.

Para poder adoptar una postura acerca de si la forma en que en principio se encuentra organizada la demanda del denominado mercado de la contratación pública, es eficaz y eficiente, nos obliga a contrastarla con una estructura de demanda de signo contrario, esto es, una demanda que se encuentre organizada de manera centralizada en que las decisiones sean adoptadas de manera coordinada y centralizada.

---

<sup>90</sup> La discrecionalidad a que nos referimos es de tipo formal o negativa, utilizando las expresiones de BELTRÁN DE FELIPE, ya que la norma utiliza el vocablo *podrá*, dejando en consecuencia al ámbito de apreciación de cada administración, central, autonómica o local, la alternativa de si canalizar sus procesos de compras o adquisiciones públicas a través de las centrales de compras públicas. Para un mayor detalle de los tipos de discrecionalidad Vid entre otros BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. "Discrecionalidad Administrativa y Constitución". Madrid: Tecnos, 1995. p. 21-59.

<sup>91</sup> La redacción de la norma, da cuenta de los fenómenos que en nuestro concepto impiden alcanzar de manera adecuada los objetivos que en teoría los modelos puros de compras centralizadas permiten alcanzar. Veamos:

Art. 187. *Funcionalidad y principios de actuación.*—1. Las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados.

Art. 188. *Creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.*—1. La creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas, así como la determinación del tipo de contratos y el ámbito subjetivo a que se extienden, se efectuará en la forma que prevean las normas de desarrollo de esta Ley que aquéllas dicten en ejercicio de sus competencias.

2. En el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno.

Hemos visto precedentemente, como el mercado de la contratación administrativa, se caracteriza por una demanda atomizada, dado la existencia de múltiples órganos de naturaleza administrativa que participan por el lado de la demanda. Lo anterior, se contrasta con un sistema centralizado de compras o una concentración orgánica de las adquisiciones del Estado como lo llamó BOQUERA<sup>92</sup>, en que la demanda adquiere ribetes propios de estructuras de mercado de tipo monopsónicas.

Este tipo de estructura de mercado, genera beneficios desde el punto de vista de los compradores, ya que sin perjuicio de otras ventajas que veremos más adelante, la teoría económica y más específicamente la organización industrial, determina que quien detenta un gran poder de compra podrá reducir el precio de los bienes y servicios que adquiera. En efecto, una debida coordinación de las necesidades de los distintos órganos públicos arroja como necesario resultado una demanda de gran volumen lo que permite a los órganos públicos acceder a los descuentos por concepto de volúmenes, consiguiéndose consecuentemente un precio más bajo en la adquisición del producto o servicio que si éste se adquiere por diferentes servicios que hacen pedidos mucho más pequeños, sin dejar de mencionar por lo demás que la demanda por bienes y servicios en cantidades reducidas, obliga a realizar transacciones con aquellos que participan en el mercado como meros intermediarios encareciendo consecuentemente los bienes o servicios que los órganos públicos desean adquirir.

Adicionalmente, los oferentes en ésta clase de organizaciones, podrán recibir el precio de lo suministrado con menor retraso que cuando las adquisiciones las realizan órganos dispersos, debido a la mayor sencillez y

---

<sup>92</sup> Vid, Boquera Oliver, J. M<sup>a</sup>. *“La Concentración Orgánica del las Adquisiciones del Estado”* en RAP N<sup>o</sup>32 mayo-agosto 1960 p.117-137.

especialización en la organización de los pagos, ya que se realizarán los mismos con mayor frecuencia y respecto de idénticas operaciones, lo que también le permitirá a los órganos públicos acceder a políticas de descuentos por pronto pago<sup>93</sup>.

Antes de analizar las ventajas o desventajas que pudiera tener establecer como regla general y con carácter preceptivo un sistema central de compras públicas, el aporte dogmático nos obliga en forma previa a realizar una labor de sistematización de los modelos centralizados de compra en función del mayor o menor centralismo que pueda observarse, sobre todo teniendo en consideración que ya bien adentrado en el siglo XXI, la existencia de sistemas centralizados de compras, fruto de la incorporación de las nuevas tecnologías de la información, son perfectamente realizables.

---

<sup>93</sup> En este sentido la LCSP, ha pretendido incorporar mejoras que sus precedentes con respecto a la velocidad en los pagos, lo que trae una serie de internalidades y externalidades positivos. Dentro de las primeras, ya mencionamos la posibilidad que la administración acceda a políticas de descuento por pronto pago. Por su parte, dentro de las segunda podemos mencionar que con la mayor velocidad en los pagos, se pretende corregir el efecto adverso que se producía con los retrasos en los pagos de quienes contrataban con la administración la construcción de grandes infraestructuras. En efecto, era muy usual que los contratistas terminaran funcionando con sus propios recursos ante el retraso en los pagos por parte de la administración produciendo en muchos casos situaciones de quiebras de empresas o creando con ello una barrera a la entrada de pequeñas y medianas empresas que no tienen los recursos financieros para soportar los retrasos en los pagos de la administración. Un apoyo normativo de lo que venimos diciendo lo encontramos en los artículos 75 N°7 y 215 de la LCSP que disponen respectivamente.

Art. 75. Precio.—7. (...) Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que esta u otra Ley lo autorice expresamente.

Art. 215. *Certificaciones y abonos a cuenta.*—1. A los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que corresponda la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final (...).

En efecto, hoy los adelantos tecnológicos debieran permitir el efectivo cumplimiento, del principio de coordinación que de conformidad con el artículo 3 de la Ley 30/1992 pesa sobre las Administraciones Públicas, permitiendo de esta manera cooperaciones simultáneas entre los distintos agentes que participan en el mercado de la contratación pública por el lado de la demanda, facilitando la creación de mercados relevantes en sí mismos, y haciendo desaparecer las restricciones geográficas de los mercados.

Un modelo completamente centralizado, puede encontrarse en aquellas situaciones en que todas las decisiones relevantes que se presentan en el procedimiento de selección de contratistas, a saber: ¿qué contratar?, ¿con quién contratar? y ¿cuando contratar?, son adoptadas por un órgano de carácter central, independientemente de cuál sea el procedimiento que se emplee.

Por su parte un modelo completamente descentralizado de compras públicas lo encontramos en aquellos casos en las que las decisiones relevantes de la contratación administrativa, son entregadas a los distintos organismos públicos, como ocurre por ejemplo en el modelo español, en que las decisiones de compra pertenecen al Estado, Comunidades Autónomas, entes locales o órganos públicos<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> En este sentido, el artículo 1º, es un fiel reflejo de que el legislador optó por un sistema descentralizado de compra. En efecto, basta la sola lectura del artículo que a continuación citamos, para corroborar que existen a lo menos seis órganos distintos que participan en el mercado de la contratación administrativa en calidad de oferentes. Dicho número crece exponencialmente si lo multiplicamos por el número de comunidades autónomas, entidades locales, y este resultado, a su vez lo multiplicamos por cada uno de los submercados en que participan los entes recién mencionados. Dispone el artículo:

Artículo 1º. Ámbito de aplicación subjetiva.—1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley.

2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley;

a) La Administración General del Estado.

Como la realidad práctica difiere en muchas ocasiones de lo que se escribe en los libros y al igual como sucede con las estructuras de mercado-- en que no existen modelos puros de competencia perfecta o monopolio--, la realidad jurídica muestra que no existen modelos puros de sistemas que se encuentren totalmente centralizados en sus procesos de compras, o por el contrario, sistemas que se encuentren totalmente descentralizados. Por el contrario, la evidencia empírica muestra la existencia de sistemas intermedios que nosotros denominaremos mixtos.

Pues bien, el principio de buena administración en las compras públicas, en su vertiente de eficiencia y eficacia, nos lleva a analizar las ventajas o desventajas que pudiera traer aparejado, el uso por parte de los órganos públicos del sistema centralizado de compras públicas y en base a las mismas considerar si es preceptivo para dichos órganos la elección

La decisión de adoptar un modelo centralizado o descentralizado de compras públicas lleva aparejado una importante ponderación de distintos elementos entre los que se encuentran: eficiencia, el grado de homogeneidad o estandarización del producto o servicio, el problema de los favoritismos<sup>95</sup>, estrategias, efectos de red, dinámica de mercado, emergencias, costos de información, poder de negociación, el control del desempeño en la ejecución del contrato, cuestión que al parecer ha sido pasada por alto por la LCSP, ya que de la normativa --nos referimos al artículo 190 de la LCSP-- se desprende que el legislador sólo tiene en cuenta el grado de homogeneidad<sup>96</sup> de los

---

b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

c) Las entidades que integran la Administración Local.

<sup>95</sup> El favoritismo, también lo analizamos cuando analicemos las barreras a la entrada que se presentan en el mercado s de la contratación pública.

<sup>96</sup> Art. 190. *Régimen general.* --1. En el ámbito de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y

productos y no otros factores igualmente importantes como son los que pasamos a analizar.

El principio de eficiencia, tal como hemos analizado, es un principio informador del buen hacer administrativo y en consecuencia extensible al procedimiento administrativo de selección de contratistas. En efecto, la administración debe controlar el gasto público para lo cuál todas las decisiones que adopte deberán estar precedidas de un análisis de costo-beneficio. El control del gasto público, por regla general se realiza racionalizando el gasto en aquellos bienes y servicios que demandan un mayor desembolso del presupuesto público y que políticamente no influyen en la popularidad de los miembros que se encuentran en el poder. Así por ejemplo una medida que importa un recorte en el presupuesto de la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, se presenta como políticamente correcta, en relación a si el mismo recorte se proyecta en los asuntos relacionados con la salud, educación o pensiones<sup>97</sup>.

Por lo recién expuesto, el ahorro en los procedimientos de compras es una importante herramienta como una manera de utilizar de manera más eficiente los recursos públicos, si se tiene en consideración que procedimientos centralizados de compra permiten reducir importantes costos debido principalmente a: (i) las sinergias que genera dicha forma de

---

demás Entidades públicas estatales, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos.

<sup>97</sup> En este sentido parece pronunciarse RIVERO YSERN cuando señala a propósito del los sistemas centralizados de compra que para la demanda creciente de gastos se tienen dos opciones, o bien, se instaura un programa de austeridad con el objeto de reducir los gastos, con sacrificio de la satisfacción de necesidades que generalmente van en aumento, o bien se adoptan esfuerzos para la obtención de bienes en condiciones más favorables. Vid. RIVERO YSERN, José Luis. "El Contrato Administrativo de Suministro" Sevilla: Instituto García Oviedo, 1976, p.156.

adquisición de bienes y servicios (piénsese en las economías de escala que se alcanzan y la duplicidades de costes que se evitan), (ii) la especialización que se logra por parte de quien realiza la labor de compra y (iii) el conocimiento del mercado por parte de quien realiza la labor de compra.

A continuación analizaremos cada uno de estos aspectos para mayor claridad del lector.

Las sinergias que genera un poder de compra, se manifiestan en múltiples aspectos en los procedimientos administrativos de selección de contratistas. Así por ejemplo con la adquisición de productos más o menos estándares, se evitarán duplicar los costes directos que comúnmente podemos encontrar en el proceso de compras por parte del Estado, entre los que se pueden mencionar, los costes de elaboración de pliegos generales, particulares y técnicas de contratación, los costes de avisos en los boletines oficiales del estado<sup>98</sup> y los eventuales costos de litigación por parte de

---

<sup>98</sup> En este sentido, debemos señalar que la LCSP, considera en el artículo 125 de la LCSP una publicación facultativa y en el artículo 126 una de carácter preceptiva lo que no es sino la aplicación del principio de publicidad que debe informar los mercado de la contratación pública. Dispone los artículos.

Artículo 125.- *Anuncio Previo*.-

1.- Los órganos de contratación **podrán** publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer, en relación con los contratos de obras, suministros y servicios que tengan proyectados adjudicar en los doce meses siguientes, los siguientes datos (...).

Artículo 126.- Convocatoria de licitaciones. — 1. Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 161, **deberán** anunciarse en el Boletín Oficial del Estado (...).

Conviene agregar adicionalmente, que el artículo 38 del Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre por el que se crea la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y se aprueba sus estatutos, dispone en forma expresa que quedan sujetos al pago de la tasa los anuncios de licitaciones.

Artículo 39. Anuncios sujetos al pago de la tasa.

Quedan sujetos al pago de la tasa los siguientes anuncios:

quienes no resultan adjudicatarios<sup>99</sup> de un determinado contrato y deciden demandar. En efecto, los costes de litigación se debieran ver reducidos, en todos aquellos juicios basados en la impugnación de documentos licitatorios, desde que la centralización lleva aparejado que en los procedimientos de selección de contratistas intervenga personal altamente calificado y con experiencia<sup>100</sup> (recordemos que será el único o el mayor poder comprador), los procedimientos de selección de contratistas, usando terminología de teoría de juegos<sup>101</sup>, serán juegos repetidos en el tiempo, lo que necesariamente se

---

2. Los anuncios de licitaciones de todo tipo de contratos celebrados por las administraciones públicas de acuerdo con lo establecido en la legislación específica.

Debemos aclarar que no es un costo menor las tasas de inserción de anuncios, y así para el 2008 las mismas ascienden dependiendo del tipo de anuncio. Así por un anuncio normal, la línea de título asciende a €12,183 y la línea de texto a €13,53. Por su parte si el mismo es urgente asciende a € 24,36 la línea de título y a € 27,12 si es por línea de texto. Cfr. <http://www.boe.es/g/es/anuncios/anuncios03.php>

<sup>99</sup> Nosotros le otorgamos un valor importante a los costos de litigación atendido que tal como veremos más adelante por regla general, la característica de los mercados de la contratación pública, es lo que en términos anglosajones se denomina *winners takes all*, expresión que quiere denotar la diferencia que existe entre los mercados tradicionales, en que el mercado funciona en forma permanente existiendo a cada minuto e instante múltiples ofertas y demandas individuales cuya suma determina la oferta y la demanda del respectivo mercado, versus los mercados de la contratación pública, en que el mercado funciona por una sola vez –durante el procedimiento de selección de contratistas– pero luego el particular que en definitiva es seleccionado se lleva todo el mercado.

<sup>100</sup> En este sentido ya en el año 1960 se nos indicaba por parte del profesor Oliver lo siguiente: “La formación especializada es necesaria para hacer una buena elección de la calidad, para poder tener en cuenta al solicitar ofertas las condiciones del mercado, para poder discutir y apreciar las ofertas que le harán normalmente personas de gran competencia comercial y prever las repercusiones económicas de la aceptación de las mismas”. Asimismo el autor señala que la centralización en las compras: “Hace posible una sensible disminución de los gastos de administración. El coste de entrenamiento de algunos servicios indispensables para realizar buenas compra» es particularmente costoso; piénsese, por ejemplo, en los laboratorios de verificación. Además, permite una reducción del personal dedicado a esta actividad. En los casos de desconcentración, todo órgano medianamente importante necesita un servicio de compra y la mayor parte de ellos tienen una actividad discontinua.” BOQUERA OLIVER, José María. Ob cit, p.134.

<sup>101</sup> Tal como nos explica Cabral, la Teoría de Juegos responde a la pregunta ¿Qué tipo de comportamientos debemos esperar de cada agente racional en una situación en la que todos interactúan entre sí?. Cfr. CABRAL, Luis. “*Economía Industrial*” traducción efectuada por Francisco Galera. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 29. Para un mayor estudio a nivel

traducirá en una mayor claridad y precisión de los documentos que forman parte del expediente del procedimiento de selección de contratistas, ya que los interesados en los procedimientos de selección de contratistas adquieren información de mayor calidad con respecto la demanda, produciendo una mayor comprensión de los pliegos de condiciones y datos complementarios, unificándose los procedimientos administrativos y las condiciones exigidas para obtener estos documentos.

La especialización, también es una ventaja en términos de eficiencia que presentan los sistemas centralizados de adquisición públicas, desde que -como adelantamos en el párrafo precedente a propósito de los costos de los litigios-- los procedimientos administrativos de selección de contratistas, se concentran en capital humano especialmente calificado y con una gran expertise, sin dejar de mencionar, la calidad de los pliegos generales y particulares que se generarán, si se tiene en consideración, como lo expone BOQUERA OLIVER que un servicio único puede alcanzar una alta capacidad comercial y técnica que cada día resultan más necesaria para la realización adecuada de las compras, entre otras razones, porque en primer lugar el devenir del tiempo produce que los materiales que necesita la Administración son cada vez más complejos; en segundo lugar, porque hoy la realización de las adquisiciones se hace, como ya hemos hecho notar, con un gran margen de discrecionalidad permitido por los nuevos procedimientos de selección del contratista. De esta manera, una central

---

introdutorio de la teoría de juegos y sus clases Vid. NEUMANN, Morgensten – NEUMANN, Oskar. *“Theory of Games and Economic Behaviur”*. Princeton: Princeton University Press, RAMSEN, Eric. *“Games and Information”* Oxford: Basil Blackwell, 1989; y GIBBONS Robert. *“Game Theory for Applied Economists”* Princeton: Princeton University Press, 1992. Para un estudio mas profundo consultar FUNDENBERG, Drew – TIROLE, Jean. *“Game Theory”* Cambridge Mass: MIT Press, 1991.

especializará a sus propios funcionarios <sup>102</sup>, podrá' disponer del concurso permanente o accidental de técnicos, reunirá con gran facilidad datos que le permitan un conocimiento perfecto del mercado"<sup>103</sup>.

Los sistemas centralizados de compra, presentan también ventajas significativas desde el punto de vista de la optimización de los fondos públicos<sup>104</sup> en términos de costes de aprendizaje o conocimiento y de información, ya que los interesados y adjudicatarios en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, permiten un mayor

---

<sup>102</sup> Lo anterior, pone de relieve la importancia de la capacidad de los funcionarios, tal como lo indica RIVERO ORTEGA, citando los objetivos que persigue el Banco Mundial, señalando al efecto que los países dentro de su institucionalidad "deben desarrollar entre otros objetivos la selección de funcionarios públicos de acuerdo con principios de mérito y capacidad". Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *"La renovación de las instituciones Jurídico – Administrativas: Prospectiva Del Derecho Administrativo Español"*. en Revista Vniversitas junio 1999m N °96 p. 362-437

<sup>103</sup> BOQUERA OLIVER, Op cit. p.120-124

<sup>104</sup> Una visión más moderada acerca de las ventajas que presentan aquellos sistemas que organizan su demanda conforme a modelos centralizados de compra, en que un organismo centralizado es el que realiza las compras para otros entes públicos, es expuesta por TREMPTE. El referido autor, acudiendo a los problemas de información que se encuentran implícitos en las relaciones principal – agente, nos señala que las decisiones del principal pueden verse afectadas por información asimétrica proveniente del agente y del mercado. En relación a la primera asimetría de información, señala el autor que el agente encargado de los procesos de compras públicas, puede tener objetivos diversos del principal y explotar las asimetrías en su favor en desmedro de la eficiencia en los procedimientos de compras públicas. La segunda, asimetría proviene de la diferencia de información que puedan existir entre los proveedores de bienes y servicios y el agente que realiza las compras, lo cuál también en definitiva puede terminar afectando la eficiencia de los procedimientos de compras públicas, que en principio genera los sistemas centralizados de compras. Así, con respecto a la primera diferencia de información que hemos planteado el autos nos señala: "The danger is that in terms of utility maximisation, the goal of the agent is no to maximise social or economic welfare (the government's goal) but to maximise his own personal utility or that of his department (...) The agent's goals are thus not necessarily coextensive with the utility sought by the government and, to the extent that these personal goals conflict with the principal's goals of social welfare is correspondingly reduced(...). Por su parte, con respecto a la segunda clase de diferencia de información el mismo autor señala: "A further difficulty is that government may enter into contracts on the basis not only of price but of detailed information which is again available to the suppliers only. The government buyer is at a disadvantage because it will be unable to identify situations in which suppliers may take advantage of the government by entering into contracts which are contingent on information held by them". Vid TREMPTE, Peter. "Ob cit", p. 70 y 88.

conocimiento del mercado relevante de que se trate. En efecto, hemos señalado *supra* \_\_\_ que sólo en un mercado teórico como es el perfectamente competitivo, la información se encuentra disponible y es posible obtenerla del mercado. Esta hipótesis no obstante difiere en la realidad ya que obtener información es extremadamente oneroso y complicado<sup>105</sup>.

No obstante lo señalado, en los sistemas centralizados de compras, los costes de aprendizaje, conocimiento y de información se reducen considerablemente desde que el intercambio de la misma, será mas eficaz y eficiente, ya sea porqué se concentra en un solo demandante (órgano que compra en representación de las administraciones y órganos públicos), o bien, se reduce en unos pocos. En este contexto, el principio de coordinación que demanda la Ley 30/1992, se torna más practicable, todo lo cuál redundará en un diseño más eficiente y efectivo de pliegos generales y particulares, así como también en la elección del procedimiento administrativo que se utilizará y los criterios de selección de contratistas.

Lo anterior se presenta como una herramienta muy importante si se tiene en consideración que los mercados al cambiar muy rápidamente, la información que manejan las personas encargadas del diseño de los pliegos generales, particulares y técnicos, puede rápidamente volverse incompleta y

---

<sup>105</sup> Piense el lector en cualquier proceso y podrá concluir lo oneroso que resulta la obtención de información. Así a vía de ejemplo proponemos el caso de un tesista quien para elaborar la misma deberá incurrir en costos de adquisición de libros ya sea que lo haga en una tienda especializada, lo realice por préstamos interbibliotecario. Aún en el supuesto que se los facilite el profesor, deberá incurrir en costos de fotocopiar los pasajes relevantes del mismo. Además de los costes anteriores, se encuentran también los costos de procesar la información, el costo de oportunidad del tiempo etc.

obsoleta<sup>106</sup>, por lo que se hace necesario contar con un poder centralizado que permita estar al tanto de los desenvolvimiento de los mercados.

Encontramos también ventajas en estos sistemas centralizados, como una forma de evitar las ventajas basadas en el favoritismo local. En efecto, la centralización de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, puede llevar aparejada como ventaja adicional el anular los efectos de favoritismos que pudieran generarse cuando existen muchos demandantes descentralizados y dispersos en diversas localidades. En efecto, es en estos casos dónde pueden encontrarse casos de favoritismo a favor del contratante local --pese a que su oferta-- puede no ser la económicamente más ventajosa.

También la consolidación de los procedimientos de compras públicas, actúa como una importante herramienta para disminuir la corrupción, al que están expuestos los encargados de los organismos, si se tiene en consideración que el control de la Administración, se torna más eficaz al disminuir los órganos a fiscalizar.

Otra ventaja comparativa en términos de eficiencia que presentan los sistemas centralizados de compras, es que en aquellos mercados relevantes en que se transen productos altamente commodities, permitirá lograr economías de escala suficiente, de manera tal que las administraciones y órganos públicos, dado su poder de compra, puedan canalizar en su propio beneficio términos económicamente más beneficiosos, que si lo hiciera a través de distintos entes en forma independiente y descordinada.

---

<sup>106</sup> Vid entre otros Aghion, P. and J. Tirole. "Formal and Real Authority in Organizations" *Journal of Political Economy* N°105, 1-29, Dessein, W. "Authority and Communication in Organizations" *Review of Economic Studies* N°69, 811-838.

Desde el punto de vista de la utilización de los procedimientos de selección de contratistas (cuestión que veremos Infra \_\_\_), y sin pronunciarnos en este apartado acerca de su conveniencia como utilización al servicio de objetivos secundarios, se presenta ésta forma de organización de la compra, como la única forma de poder cumplir eficazmente con aquellos objetivos que la LCSP incorpora. En efecto, sólo un gran poder comprador, puede tener éxito si pretende influir en el mercado relevante de que se trate. Así si uno de los objetivos secundarios que veremos, es el de fomentar la concurrencia en los mercados reduciendo los costos sociales que el monopolio o las estructuras oligopólicas puedan generar, utilizando las expresiones de BOQUERA OLIVER, la concentración permitirá a la Administración luchar, con las mismas armas, frente a la concentración de empresas privadas, patente en todos los sectores económicos<sup>107</sup>, y que las hace cada día más poderosas. Ahora bien, si se quiere promover políticas ecológicas, la única manera de cumplir los objetivos perseguidos, será en el primer caso, en aquellos mercados concentrados y dominados por los monopolios o oligopolios, cambiar las estructuras del mismo transformándose en lo que se conoce como monopolios bilaterales<sup>108</sup> anulando consecuentemente el poder del monopolio u oligopolio. Por su parte, si dentro de la política del estado, se desea incentivar las compras ecológicas, lo primero que se debe realizar es uniformar las ofertas y adaptarlas a bienes ecológicos, por ejemplo que toda la papelería que demanden los órganos públicos, sea papel reciclado. El mismo ejercicio

---

<sup>107</sup> BOQUERA OLIVER, Op cit. p.120-124.

<sup>108</sup> Se dice que existe un *monopolio bilateral* cuando un sólo productor y un sólo comprador - este se encuentra en una situación de *monopsonio*- se enfrentan, por lo que los efectos de pérdida social que pudiera genera uno y otro se anulan. Vid. HOVENKAMP, Herbet. "Federal Antitrust Policy The Law Of Competition and its Practice". Minesota: Thomson West, p. 543.

puede realizarse con la política económica estatal de fomento de ciertos sectores de la producción, o bien alcanzar algunos objetivos político económico.

Una estructura centralizada por lo demás, es consecuente con lograr un objetivo de corrección de estructuras de mercado y de otra naturaleza tal como veremos en el capítulo \_\_\_\_\_, posición que no es tenida en consideración por GARCÍA MACHO, quien sólo en base a las cifras que la contratación pública representa en el PIB, concluye que la contratación pública es una importante herramienta para lograr otros objetivos <sup>109</sup>.

No obstante las ventajas que hemos venido analizando, respecto de los poderes centralizados de compra, los mismos también presentan ciertas desventajas las cuáles pasamos a analizar a continuación.

En primer término, creemos que estos sistemas de compras centralizadas, funcionan sólo para aquellos bienes y servicios que pueden ser calificados de estandarizados u homogéneos, ya que las ventajas que hemos anotado precedentemente sólo se lograrían en dicha clase de mercados relevante del producto, por lo que la primera desventaja son las limitaciones que presenta el sistema.

Dos argumentos, nos sirven para reafirmar nuestros dichos. En primer lugar las ventajas en términos de ahorro en los costos de aprendizaje

---

<sup>109</sup> Una posición distinta a la nuestra, parece sostener GARCÍA MACHO, quien sólo en base a las cifras que representa el PIB española en la contratación administrativa, le permite concluir que: "(...) Estas cifras representan una parte considerable de los presupuestos generales de esos entes públicos, lo cuál les permite realizar una política global con eficacia en la consecución de objetivos concretos", o bien cuando . Cfr. GARCÍA MACHO, Ricardo. *"Las Sociedades Mercantiles entre los intereses generales y el mercado"* en *"La Contratación Pública"* Varios Autores, Dirección de CASSAGNE, Juan Carlos – RIVERO YSERN, Enrique. Buenos Aires: Hamurabi, 2006, p. 207. En el mismo sentido puede verse MORENO MOLINA, "Los Principios Ob Cit", FERNANDEZ ASTUDILLO, José María., GARCÍA – ANDRADE GÓMEZ, Jorge, "Contratación (Ob Cit)", DEL SAZ, Silvia, *"La Nueva Ley (...) Ob Cit"*.

y traspaso de información se producen en casos de productos homogéneos, ya que por ejemplo, si se licita un complejo sistema tecnológico por un lapso de cinco años, cuando llegue el momento de renovar dicha tecnología, en primer lugar la anterior no estará vigente, por lo que no divisamos que la experiencia y aprendizaje obtenido en el primer procedimiento, pueda ser utilizado en el segundo. Tampoco vemos que los pliegos de condiciones generales o particulares que formaron parte del expediente del procedimiento administrativo de selección de contratistas sirva para proveer una nueva tecnología.

Por el contrario la centralización es más favorable en aquellos casos en que el producto que se desea adquirir pueda ser descrito en forma precisa y que las alternativas existentes no varíen de mayor medida ya que de lo contrario se cae en el riesgo de cometer errores o caer en descripciones incompletas en los pliegos administrativos generales, particulares y técnicos, lo que aumentará el coste de los litigios<sup>110</sup>.

Otra desventaja que presentan los sistemas centralizados de compras, es que en muchas ocasiones, las necesidades de compra obedecen a necesidades locales muy específicas que en el procedimiento pueden no ser debidamente ponderadas por un organismo centralizado que se encuentre separado de la realidad local. Piénsese por ejemplo en una situación en que el ayuntamiento de Santa Marta de Tormes, necesita proveer de un sistema de central telefónica, que permita optimizar el tiempo de sus funcionarios. El órgano central --que en nuestro ejemplo lo ubicaremos en Barcelona-- elabora unos pliegos generales, especiales y técnicos en los cuáles se exige tecnología de punta, pero resulta que los funcionarios de dicho ayuntamiento no están capacitados para manejar computadores. Lo burdo del ejemplo, nos permite

---

<sup>110</sup> Para un mayor detalle del costo de los litigios Vid.

demostrar el inconveniente que puede presentar la incorporación de sistemas centralizados si no se establecen los mecanismos que morigeren el inconveniente que venimos analizando.

### **3. Información y Eficiencia en los mercados de la contratación pública.**

Algo hemos señalado respecto de las características que presenta la información en las transacciones que realizan las administraciones y órganos públicos, pero el problema, merece un análisis mas pausado, atendida la importancia del mismo. Sólo en la medida que entendamos correctamente el problema de la información que existe cuando las administraciones y órganos públicos participan en el mercado demandando bienes y servicios, nos permite entender en su real contexto la dimensión económica que subyace la regulación de los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas, además de poner la nota característica de diferenciación entre agentes públicos y privados en el mercado.

Tal como señalamos supra , la teoría del mercado en general y los modelos de competencia perfecta, descansaban sobre la base de que en el mercado, existía pleno acceso a la información por parte de quienes participaban en el mismo, y la misma era accesible a través de la información que entregaban o proporcionaban los precios. En efecto, en los mercados tradicionales, el precio entrega información con relación a la escasez del producto y con relación los costes de producción de un bien o servicio determinado. Lo anterior, no obstante, se presenta en un modelo teórico cuál es el de la competencia perfecta, ya que por regla general, la información dista lejos de ser perfecta y conocida por todos, sino que por el contrario, o bien no existe dicha información, o es muy costosa obtenerla. De esta

manera, la realidad demuestra<sup>111</sup> que en los mercados, la información lejos de ser un bien abundante, es un recurso escaso, y ella por regla general es monopolizada por alguno de los agentes que participan en el mercado de la contratación pública. Al no ser compartida la información, estamos en presencia de información asimétrica en las transacciones que se realizan, lo cuál afecta indistintamente a los órganos públicos y a los agentes del mercado de igual manera.

En este sentido, PASTOR PRIETO<sup>112</sup>, señala que la información en sí misma, se encuentra esparcida en un sin número de actores lo que genera el problema de las asimetrías de información a los que se ven enfrentados los órganos públicos en los procedimientos administrativos de selección de contratistas y los interesados que participan en el mismo. Dada la existencia de información asimétrica, los órganos públicos deberán en su calidad de estado – regulador elegir los procedimientos administrativos y dentro de los mismos diseñar los pliegos generales y particulares que permitan reducir la diferencia de información existente entre vendedores y compradores, a fin de

---

<sup>111</sup> Un antecedente normativo de que la realidad de los mercados, están caracterizados por la existencia de información asimétrica, lo encontramos en la CE y sus normas de desarrollo como por ejemplo la Ley 43/2007, en la cuál se pueden encontrar varias normas que están destinadas a suplir las fallas de información que presenta el mercado. La importancia del problema de información que presenta esta clase de mercados, ha tenido como consecuencia inusual como lo califica RIVERO ORTEGA que algunos de los derechos de los consumidores tengan reconocimiento constitucional como un principio general del derecho Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Derecho Administrativo Ob Cit", p150. Así el artículo 51 de la CE establece lo siguiente:

Artículo 51. 2. Los poderes públicos **promoverán la información** y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

Artículo 3. Información precontractual. 1. Las empresas y profesionales deben poner a disposición de los consumidores y usuarios, de forma comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre las condiciones jurídicas y económicas de los bienes objeto del mismo

<sup>112</sup> Vid PASTOR PRIETO, Santos, "Una introducción al Análisis Económico del Derecho". Madrid: Tecnos, 1989, p. 88.

evitar el traspaso de excedentes. Dicho en otros términos, la reducción del *gap* informativo que pueda existir entre las administraciones y órganos públicos y los interesados en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, inciden en la eficiencia en las compras públicas, ya que mientras mayor sea la brecha informativa, las administraciones y órganos públicos, terminarán pagando un precio superior al del equilibrio del mercado. En efecto, si la diferencia informativa juega a favor de los particulares, la misma será utilizado por los interesados en el procedimiento administrativo, pudiendo el interesado que resulte adjudicatario extraer tanto excedente del consumidor cuanto sea la diferencia informativa que tengan las administraciones y órganos públicos, con respecto al verdadero precio de equilibrio del bien o servicio de que se trate, produciéndose pérdidas de eficiencia en los procedimientos de selección de contratistas.

Por su parte si la diferencia juega a favor de los órganos y administraciones públicas, ya sea porque consciente o inconscientemente el objeto del contrato no se encuentra definido de manera tal que los particulares puedan realizar una evaluación completa de las ganancias que pudiera significarles en el corto plazo, un contrato que un adjudicatario sirva a pérdida, podrá generar que el mismo deje de ejecutar el contrato y se produzca el fenómeno de la maldición del ganador que veremos con mayor detalle infra\_\_\_\_, con la consiguientes pérdidas de eficiencia para la propia administración, quien de seguro se verá envuelta en un litigio y deberá además reemplazar al contratista, ya que de lo contrario el interés general pudiera verse comprometido.

Como puede apreciar el lector el principio de eficiencia que forma parte del deber de buena administración, se encuentra íntimamente ligado al

análisis de la información en los denominados mercados de la contratación pública.

La existencia de información asimétrica en los procedimientos de selección de contratistas, pone de relieve la importancia que adquiere una correcta regulación de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, para evitar que las brechas informativas existentes entre los poderes públicos y los particulares y/o entre los particulares y los poderes públicos, tal como vimos precedentemente, afecten la eficiencia en los procesos de compras públicas. En efecto, tal como tendremos la oportunidad de revisar, la falta de información puede provenir ya sea de lado de la demanda del mercado de contratación pública, o bien, por el lado de la oferta. En el primer caso, los problemas de información se analizan bajo las figuras del riesgo moral y selección adversa. En el segundo supuesto, bajo la figura de la maldición del ganador.

### **3.1.- Selección Adversa, Riesgo Moral, Aversión al Riesgo de los interesados en los procedimientos administrativos de selección de contratistas y sus consecuencias en la pérdida de eficacia y eficiencia.**

La selección adversa o teoría del agente principal, se encuentra relacionada con la falta de información de determinados agentes económicos con respecto a variables exógenas tal como lo apuntan LAFFONT Y TIROLE quienes exponen el problema de la Selección Adversa, tanto para el ámbito de la regulación como el de las compras públicas, cuando las empresas interesadas, tienen más información con respecto a variables exógenas que el

regulador o el comprador público<sup>113</sup>. Para los efectos del presente apartado la figura del principal, la asumen los órganos públicos que demandan bienes y servicios en el mercado; y los agentes, son los proveedores de dichos bienes y servicios.

Esta deficiencia en la información que permanece oculta o escondida puede presentarse cuando una de las partes suscriptoras del contrato, no tiene perfecto conocimiento de las características relevantes de la otra parte (Riesgo Moral) o de los productos o servicios por ella ofrecidos (Selección Adversa), o también puede ocurrir, cuando el órgano público no habiendo contratado en el pasado con un determinado agente económico, corre el riesgo de que la empresa seleccionada no sea adecuadamente calificada para brindar el servicio público que se licita, otorgándosele la adjudicación del contrato a una empresa ineficaz ineficiente (maldición del ganador) que tuvo un comportamiento oportunista (aversión al riesgo<sup>114</sup>)<sup>115</sup>.

Lo anterior, abre las puertas a una acción consciente de mimetización o simulación --oportunista si se quiere-- y además pueden dar origen a resultados inesperados: en algunos casos los mercados desaparecen o se

---

<sup>113</sup> Vid. LAFFONT, Jean -Jacques, TIROLE. Jean. *"A Theory Of (...) Op cit"*, p.2. En efecto, señalan los insignes autores: *"Adverse selection arises when the firm has more information than the regulator about some exogenous variables. Most observers have emphasized the importance of adverse selection in regulation and procurement"*.

<sup>114</sup> Entrelazando la terminología económica y administrativa, una alta aversión al Riesgo estará representada en aquellos interesados en el procedimiento administrativos que no están dispuestos a correr riesgo para el caso de resultar adjudicatarios de un contrato determinado lo que se traduce que las ofertas que en términos cuantitativos, son superiores a al promedio de todas las ofertas. Por su parte una baja aversión al Riesgo, estará representada en aquellos interesados que en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, estando dispuestos a correr riesgo para el caso de resultar adjudicatarios de un contrato, realizan ofertas por debajo del promedio de todas las ofertas. Vid. en este sentido LAFFONT, Jean Jacques - TIROLE, Jean. *"A Theory of (...) Op cit"*, p.666.

<sup>115</sup> Precisamente el temor a sufrir conductas de esta naturaleza, se transforma en una suerte de barrera a la entrada tal como exponemos infra \_\_\_\_\_.

destruyen o terminan en equilibrios ineficientes. Por tanto queda claro que la selección adversa se refiere a las variables externas o exógenas sobre las cuales un determinado agente tiene mayores conocimientos que otro.

Por su parte, aquel que posee una característica deficiente (*agente ineficiente*) se puede hacer pasar por aquel que posee una característica eficiente (*agente eficiente*) y mimetizarse, el problema radica en que la característica buena no puede informarse. En este escenario estamos frente al fenómeno del Riesgo Moral, el cuál es referido por LAFFONT y TIROLE como aquellas variables exógenas que no son observadas por el regulador o comprador público<sup>116</sup>. Lo anterior, desemboca en pérdidas tanto para las administraciones y órganos públicos, encargados de la redacción de las cláusulas generales, particulares o técnicas del contrato como para el buen agente (aquél que no es seleccionado en el procedimiento administrativo de selección de contratistas), provocando una serie de inconvenientes que afectan en último término la eficiencia en los procedimientos de selección de contratistas.

La otra cara de la moneda que también se relaciona con las asimetrías de información, se presenta en aquellos casos en que el objeto del bien o servicio determinado no es suficientemente detallado por las administraciones y órganos públicos, lo que unido a una baja aversión al riesgo por parte de alguno de los interesados que participan en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, puede llevar a los mismos a realizar ofertas que no cubran los costos de producción, produciéndose lo que se denomina la maldición de ganador.

---

<sup>116</sup> Vid LAFFONT, Jean -Jacques, TIROLE. Jean. "A Theory Of (...) Ob cit", p.2, quienes: "Moral Hazard refers to endogenous variables that are not observed by the regulator. The firm takes discretionary actions that affect its costs or the quality of its products".

Lo anterior, se encuentra íntimamente relacionado con el diseño de las cláusulas generales, particulares y técnicas ya que en la medida que aumente la incertidumbre en la definición del objeto del contrato, y el tamaño de los diferentes costes que para el interesado resulte la no adjudicación del contrato, pueden llevar en definitiva al problema del riesgo moral, si los interesados son partidarios del riesgo. En efecto, cuando los agentes económicos que participan por el lado de la oferta en el denominado mercado de la contratación pública, al realizar una estimación de los costos aparejados en la ejecución del contrato --que es el antecedente previo a formular la oferta en el procedimiento administrativo de selección de contratistas--, consideran generalmente dos dimensiones. La primera de ellas, corresponde a una de carácter individual y que se traduce en el componente subjetivo que para cada uno de los interesados, representa la provisión del bien o la prestación del servicio. La evaluación individual deviene de una serie de factores entre los que podemos mencionar la experiencia de oferente en el desarrollo de las mismas tareas en el pasado u otras similares, la gestión administrativa del propio interesado, la valoración subjetiva de ejecución del contrato etc. Nosotros siguiendo en esta parte a KEMPNER, denominamos a esta situación como *valor privado*.

La segunda dimensión, corresponde a una de carácter común, y se traduce en estimación e información que se tiene acerca de venta del bien o ejecución del servicio. Si no existe claridad en forma adecuada acerca de la composición del bien o servicio al momento de materializar la oferta, los oferentes enfrentan lo que se denomina *incertidumbre común* o valor común en la terminología de KEMPNER.

La incertidumbre común adquiere capital importancia ya que la misma da origen al problema de la maldición del ganador --si no se tiene en

consideración la misma-- y se presentará en todos aquellos casos en que el interesado en el procedimiento administrativo de selección de contratistas u oferente en la terminología económica, realiza su oferta evaluando de manera errónea el bien o servicio que debe proveer al poder adjudicador y se traduce en definitiva que los costos aparejados al cumplimiento del contrato son más altos de los que se habían evaluado en forma preliminar.

El valor común, incide directamente en la manera como se comportan los agentes económicos que participan por el lado de la oferta en el mercado de la contratación pública, desde que si el mismo es debidamente ponderado, induce a los oferentes con baja aversión al riesgo a realizar ofertas de manera muy cauta, lo que lleva como necesaria consecuencia que los precios que termina pagando el comprador sean más elevados. Por el contrario, si el valor común no es debidamente ponderado, y existen interesados con baja aversión al riesgo ello se traducirá en ofertas más agresivas que se traducen en definitiva en que el comprador pagará precios más reducidos pero con el riesgo inminente de que dichos precios se realizarán a costa de sacrificar la calidad o bien pudieran degenerar en conductas oportunistas una vez que el contrato ha sido adjudicado, como son las renegociaciones entre el adjudicatario y las administraciones y órganos públicos, que las primeras deben llevar a cabo con la espada de Damocles en el pecho, representada por la posible paralización de las obras y el consecuente riesgo del interés general.

Una clara manifestación de la baja aversión al riesgo, la encontramos en el artículo 136 de la LCSP que regula las Ofertas con valores anormales o desproporcionados. La institución de las ofertas con valores anormalmente bajos, está pensada para aquellos casos en que la misma contrastada con parámetros objetivos, pueda ser calificada como anormal o

desproporcionada, lo que en principio viene a limitar las facultades discrecionales de la administración, permitiendo un control pleno<sup>117</sup> por parte de los tribunales contencioso administrativo en la medida que la administración realice una discriminación no fundamentada en criterios objetivos de anormalidad o desproporción. No obstante lo señalado, la objetividad tiende a desvanecerse, en aquellos casos en que la oferta no incorpora como único elemento el precio, sino que otras valoraciones.

En todo caso la LCSP, va en la línea correcta ya que cumpliendo con los imperativos del debido proceso administrativo, ante ofertas anormalmente bajas, se le otorga la posibilidad al oferente que realiza la misma, para que explique y justifique la valoración conforme a la cuál realiza la oferta.

Habiendo aclarado lo anterior, en el apartado siguiente, explicamos desde una perspectiva netamente teórica, como los poderes adjudicadores pueden maximizar los fondos públicos, cumpliendo con los objetivos de eficiencia que le impone el deber de buena administración a través del uso de la información de producción y utilizando el valor individual y común en su propio beneficio.

### **3.1.2. El problema de la “maldición del ganador” y como la misma afecta el principio de eficacia y eficiencia en las compras públicas.**

---

<sup>117</sup> Para comprender la diferencia entre jurisdicción objetiva y plena jurisdicción Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Las Transformaciones de la justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

El problema de la maldición del ganador, se relaciona con la existencia de información asimétrica que se presenta en el lado de la oferta, y la encontramos en aquellos casos en que el objeto del bien o servicio determinado no son suficientemente detallado por las administraciones u órganos públicos.

Lo anterior, puede generar dos consecuencias, por un lado que los interesados que con una alta aversión al riesgo de la ejecución del contrato, realicen ofertas conservadoras muy por encima de las económicamente eficientes o en terminología de la LCSP de la económicamente más ventajosa, para la provisión o ejecución del bien o servicio de que se trate, lo que en definitiva producirá que las ofertas que se reciban sean en promedio más altas que aquellas que provendrían en caso que la información existente sobre el bien o servicio sea precisa y determinada, pagándose en consecuencia un precio superior al del equilibrio del mercado, lo que contradice los principios de eficiencia del gasto público que vimos en la introducción.

Pero también puede ocurrir, lo contrario, esto es, que aquellos con una baja aversión al riesgo, realicen ofertas muy agresivas, por debajo de los costes de producción, lo que si bien en el corto plazo genera precios más bajos, en el mediano plazo, los mismos tenderán a aumentar ya sea porqué baja la calidad del bien o servicio ofrecido, se reemplaza al contratista, o bien, se incurren en las denominadas renegociaciones del contrato, todo lo cuál incide de alguna u otra manera en los sub-principios que integran el deber de buena administración, a saber, el de eficiencia en aquellos casos que baja la calidad del bien o servicio o se incurre en renegociaciones y el de eficacia en aquellos casos en que se suspende la ejecución del contrato como consecuencia del reemplazo del contratista.

Los agentes económicos que participan por el lado de la oferta en el mercado de la contratación pública o interesados en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, cuando realizan una estimación de los costes aparejados en la ejecución del contrato --que es el antecedente previo a formular la oferta en el procedimiento administrativo de selección de contratistas--, consideran generalmente dos dimensiones.

La primera de ellas, corresponde a una de carácter individual y se traduce en la valoración interna que los mismos hacen con respecto a la ejecución del bien o servicio de que se trate<sup>118</sup>. La evaluación de la eficiencia proviene de una serie de factores entre los que se pueden encontrar, la experiencia que tiene el oferente, por haber en el pasado contratado con la administración o el órgano público para el mismo bien o servicio, también puede basarse en análisis teóricos de costes realizados, información toda que permanece en el fuero interno del interesado, por lo cuál existirán tantas informaciones privadas cuantos participantes en el proceso de selección de contratistas concurren.

La segunda dimensión, corresponde a una de carácter común, que no está basada en valoraciones internas, sino que en valoraciones externas y ella refleja el valor que para todos los interesados representa la ejecución del bien o servicio, pero los interesados en el procedimiento, tienen distinta información privada en cuanto al valor efectivo del objeto del contrato<sup>119</sup>. Es precisamente, la incertidumbre común, la que da origen al problema de la maldición del ganador --si no se tiene en consideración la misma-- y se presentará en todos aquellos casos en que el oferente con una baja aversión al

---

<sup>118</sup> KLEMPERER, Paul. "*Auctions: Theory and Practice*" On Line Book, Princeton University Press, 2004 p.11-13, disponible en <http://www.paulklempere.org>.

<sup>119</sup> Ibid, p.11-13.

riesgo realiza su oferta sólo teniendo en consideración el valor interno y desconociendo el valor común, evaluando de manera errónea el bien o servicio que debe proveer a las administraciones o órganos públicos lo que se traduce en definitiva que los costes aparejados al cumplimiento del contrato son más altos de los que se habían evaluado en forma preliminar.

El problema de la incertidumbre en el valor común, y en consecuencia los problemas que llevan aparejado la consideración o no de la maldición del ganador, pueden verse reducidos eliminando la fuente del problema, esto es otorgando mayor información con respecto al objeto del contrato lo que puede ser realizado sólo por las administraciones y órganos públicos, ya sea por la vía de: (i) precisar de la mejor manera posible el objeto del contrato y (ii) utilizar las herramientas que la LCSP, pone a disposición de las administraciones y órganos públicos, de manera de catalizar la experiencia pasada que determinados agentes han tenido en la provisión o ejecución de un bien o servicio determinado, permitiendo que todos puedan beneficiarse de dicha información y evitar de esta manera los contratos repetidos con un mismo oferente, que en definitiva pueden generar los mismos problemas que se tratan de evitar, esto es, la baja en la calidad de los bienes o servicios y/o el encarecimiento de los mismos, si se tiene en consideración que la selección de un mismo contratante puede generar barreras a la entrada desincentivando la participación de nuevos actores<sup>120</sup>. Lo anterior, pasa por la utilización de un mecanismo que permita conocer a lo menos el valor común de los otros interesados sin saber su identidad, cuestión que permite implementar la LCSP, por medio las subastas electrónicas regulados o los procedimientos

---

<sup>120</sup> Para un mayor detalle de las barreras de entrada en los procedimientos de selección de contratantes Vid. KOVACIC, William E. *“Regulatory Controls as Barriers to Entry in Government Procurement”* en Policy Sciences N°25 1992, p.29-42.

dinámicos de contratación en los artículos 132 y 183 respectivamente de la LCSP .

### **3.1.3 Costos y beneficios de la adopción de medidas tendientes a fomentar el grado de información con respecto al objeto del contrato.**

Tal como señalamos precedentemente, la información con respecto al objeto del contrato, ayuda a los oferentes a revisar sus estimaciones en relación al valor común del objeto del mismo. El ejercicio de revisión, permiten evitar que su oferta se encuentre sobre o bajo el precio de equilibrio del contrato.

Ahora bien, la entrega de información en el mercado de la contratación pública o lo que es lo mismo el intercambio de información en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, sólo es posible en la medida que el procedimiento seleccionado, sea éste abierto, restringido o negociado, sea de carácter dinámico<sup>121</sup>, esto es, aquellos procedimientos que permiten a cada uno de los participantes en el procedimiento administrativo especial, observar las conducta de los competidores a diferentes precios y lo que es tal vez más importante, el precio en el cuál los competidores deciden salirse del procedimiento administrativo que se trate. Resulta capital la correcta lectura de las salidas de los competidores ya que la misma ofrece información relevante acerca de la estimación de costes que cada competidor

---

<sup>121</sup> Esta clase de procedimiento, son reconocidos expresamente en el Capítulo III de la LCSP. Dispone el artículo 183 lo siguiente:

Art. 183, Funcionalidad y límites.—1. Los órganos de contratación del sector público podrán articular sistemas dinámicos para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

o interesado saliente del procedimiento administrativo tiene respecto del contrato, y además permite a los competidores que se mantienen en la *competencia por la cancha* revisar sus propias ofertas.

Sin perjuicio de lo señalado, un procedimiento administrativo, diseñado sobre la base de sistemas dinámicos de contratación, puede presentar ciertas externalidades negativas, que conviene ponderarlas cuando las administraciones y órganos públicos deciden adoptar ésta clase de procedimientos.

En principio, nosotros hemos identificado dos posibles inconvenientes, con claras repercusiones en la eficiencia, que presentan los sistemas dinámicos como mecanismos para aumentar el grado de información en el mercado de la contratación pública y evitar el problema de los efectos de la maldición del ganador. El primero de ellos, se encuentra relacionado con el derecho de la competencia y se traduce en que la circulación de la información, puede aumentar el problema de la colusión entre los participantes, especialmente en aquellos procedimientos administrativos en que las administraciones y órganos públicos demandan en periodos relativamente cortos grandes cantidades de bienes y servicios. En efecto, los oferentes pueden explotar la dinamicidad y apertura de ésta clase de procedimientos para enviar señales --a través de los precios-- a los otros oferentes con el único objeto de coordinarse<sup>122</sup>, sin dejar de mencionar, que la mayor transparencia con que se rige ésta clase de procedimiento,

---

<sup>122</sup> Un buen ejemplo de colusión en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, se encuentra en la obra colectiva dirigida por ARIÑO, en la cuál entre otros casos se analiza la figura de la UTE como mecanismos fraudulentos para coludirse lo que trae consecuencia de pérdida de eficiencia. Vid. VILLAR EZCURRA, José Luis y ARIÑO SÁNCHEZ, Rafael. "Comentarios a la Ley de las Administraciones Públicas", Tomo II, Comentarios al artículo 24, Granada: Comenares, 2001, p. 173-201.

facilita la detección por parte de los miembros del cartel de aquellos miembros que se desvían de los objetivos del mismo<sup>123 124</sup>.

Otro problema, que se presenta en ésta clase de procedimientos, es que la transparencia que informa estos procedimientos administrativos, puede inducir a que los oferentes adopten estrategias en orden a esconder la información común que manejan a sus rivales o a realizar ofertas falsas con el objeto de engañar a los competidores interesados, dificultando de esta manera un eficaz traspaso de información al mercado de la contratación pública.

Finalmente el último problema que podría presentar esta clase de procedimiento administrativos dinámicos es que dependiendo de la velocidad con que se vayan desarrollando las ofertas, la información que se traspasa al procedimiento administrativo puede ser insuficiente y provocar

---

<sup>123</sup> Esta cuestión no es una cuestión nueva, sino que lo mismo ya era advertido por el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, el cuál en su exposición de motivos se puede leer lo siguiente: "A dos graves inconvenientes estaban sujetas las subastas públicas. Consistía el primero en la confabulación de los licitadores, con el fin de obligar a los demás a concederle una prima para evitar sus pujas" Vid. BOQUERA OLIVER, José María. "La Selección de Contratistas". Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 94.

<sup>124</sup> Ilustrador en este sentido resulta lo señalado por COPPIER y PIGA, quienes apuntan que la transparencia no obstante ser un herramienta para reducir la corrupción y que en la directivas comunitarias, la misma es considerada junto con la competencia como un principio, el referido principio cuando es considerado por algunos economistas --en su opinión equivocadamente--, crea un riesgo de colusión poniendo como ejemplo el caso de las subastas electrónicas inversas, ya que las mismas en un ambiente de colusión crea la posibilidad de ver las ofertas de los rivales y en consecuencia aumenta la posibilidad de sancionar al miembro del cartel que no sigue los lineamientos del mismo. En efecto señalan los autores: "Transparency is often suggested as a tool to reduce the potential for corruption. In the European Directive, transparency is considered, together with competition, as a "principle". This creates in the mind of many economists a certain degree of confusion in that some kinds of transparency foster instead more collusion (e.g. in the case of reverse on-line auctions in a collusive environment, greater visibility of rivals offers increases the possibility of sanctioning any cartel defector) (...)." Cfr. COPPIER, Raffaella – PIGA GUSTAVO "Why do Transparent Public Procurement and Corruption Go Hand in Hand?" en obra colectiva "The Economic of Public Procurement". New York: Palgrave Macmillan, 2007, p.185.

un procedimiento extremadamente largo, lo que se presenta contrario a los criterios de eficiencia desde que procedimientos administrativos más largos, supone un aumento de los costes.

#### **3.1.4.- El riesgo Moral y su incidencia en las pérdidas de eficiencia.**

El riesgo moral, por su parte, se refiere a la incertidumbre de los comportamientos o actividades ocultas del agente que el principal o concedente no puede observar con precisión. Veíamos supra      que el riesgo moral, utilizando la terminología de LAFFONT y TIROLE, se refieren a aquellas variables endógenas no observables. Hay en consecuencia una información que posee el agente oferente respecto a las variables endógenas que ellas pueden modificar discrecionalmente pero que el principal no puede observar con precisión como son a título de ejemplo, los esfuerzos por reducir costos, la mayor o menor disposición a innovar, todo lo cuál permite a los particulares adoptar conductas oportunistas con respecto a las administraciones y órganos públicos, con un importante sacrificio del principio de eficiencia.

El problema radica en que la regulación será ineficiente cuando las acciones no sean observables, pues existe una dificultad por parte de las administraciones y órganos públicos para especificar, establecer, vigilar y asegurar su aplicación en forma directa. Dicho en otros términos el riesgo o azar moral, se refiere a aquellos casos en los que las probabilidades de que un hecho favorable se dé dependen de la realización de una acción costosa para un agente, que no se beneficia directamente de llevarla adelante. Un ejemplo permitirá explicar lo anterior. Suponga el lector que  $p$  es el principal o concedente y  $a$  es el agente. El agente debe elegir entre dos acciones:  $y$  o  $z$ . A elegirá la que le cueste menos, puede ser  $y$  aunque sepa que la acción  $z$  es

la mejor para quien lo seleccionó en el procedimiento administrativo especial. El hecho de que  $a$  no seleccione la acción  $z$  descansa sobre determinados supuestos, de manera que eliminando todos o alguno de ellos, se puede condicionar el comportamiento del agente económico para que adopte la alternativa que más beneficia a su co-contratante.

El primer supuesto sobre el que descansa el riesgo moral, es que el precio fijado por las administraciones y órganos públicos, no lo está en función del comportamiento eficiente por parte del interesado que resulta seleccionado en el procedimiento administrativo. Dicho en otros términos, el precio fijado por las administraciones y órganos públicos por regla general no tienen en consideración si en la provisión del bien o ejecución del servicio sea realizarán todas aquellas acciones que en último termino reditúan en una mayor eficiencia.

El segundo supuesto, sobre el que descansa el riesgo moral, es que principal, no se encuentra en condiciones de determinar si la ineficiencias se debe a hechos ajenos a la voluntad del agente que realiza la oferta, o bien, es producto de acciones descuidadas o negligente, por falta de incentivos de lograr una mayor eficiencia.

El último supuesto sobre el cuál descansa es que los intereses en juegos entre el principal y el agente, no se encuentran alineados y cada uno persigue su propio interés. Llevado esto al campo de los procedimientos administrativos, los intereses en conflicto, se encuentran sobre la base que mientras las administraciones y órganos públicos, buscarán de manera eficiente la satisfacción del interés general, los interesados u oferentes por su parte, buscarán sólo el beneficio económico, por lo que si el resultado obtenido desde el punto de vista patrimonial es el mismo haciendo un gran esfuerzos en el ahorro de costes que no hacerlo, preferirán la primera

alternativa. Se presenta así el comportamiento oportunista de los interesados adjudicatarios pues sin castigo o premio por las acciones los agentes evitan costes. Por tanto, no puede confiarse en la buena voluntad del agente.

Así las cosas, bajo el contexto de la teoría del agente-principal, "*el principal*" encarga a otra persona denominada "*el agente*" la defensa de sus intereses, delegando en ella cierto poder de decisión. Los intereses del principal son habitualmente distintos a los del agente, y por ello existe un incentivo para que, aprovechándose de la existencia de información asimétrica, el agente realice acciones a favor de sus propios intereses pero en contra de los intereses del principal comportándose de una manera oportunista<sup>125</sup>.

En consecuencia, el riesgo moral, debe ser entendido como aquella información relativa a los costos que es manejada exclusivamente por los productores o vendedores y desconocido para el comprador, que se traduce en comportamientos oportunistas por parte de estos, afectando los costos o calidad de los productos o servicios. Trasladado el riesgo moral al ámbito de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, el mismo se traducirá en la compra por parte de los órganos públicos a precios más altos que los del mercado, cercenándose en consecuencia la eficiencia en los procedimientos de selección de contratistas.

### **3.1.5 Los mecanismos de fijación de precios, una forma eficiente de reducir los problemas de riesgo moral en los mercados de la contratación pública.**

---

<sup>125</sup> Para una adecuada explicación de la teoría de la agencia Vid entre otros. "ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, "Principios de Derecho (...) Ob Cit, p.429" y TREMMPTÉ, Peter. "Regulating (...) Ob cit", p.70-93.

La única manera de reducir los problemas de riesgo moral a que pueden verse afectados las administraciones y órganos públicos, es a través de una eficaz y eficiente elaboración de los pliegos generales y particulares, y más precisamente en la forma de determinar el pago por los bienes y servicios que se adquirirán. Los precios, pueden ser de carácter fijo, o bien, establecer algún mecanismo de ajuste o corrección automático, de manera tal que se muevan hacia arriba o hacia abajo dependiendo del comportamiento del agente que resulta seleccionado.

Antes de analizar las consecuencias en eficiencia de los recursos públicos, cuando se utiliza alguna de las formas de fijación de precios, debemos identificar las posibilidades que tienen los órganos y administraciones públicas para determinar los mecanismos de cálculo del precio.

Existen varios mecanismos para fijar el precio en los contratos que son adjudicados por medio del procedimiento de selección de contratistas. En efecto, existen contratos<sup>126</sup> cuyo precio no se encuentra sujeto a ningún ajuste. Esta forma de determinar el precio, pone en el lado del contratista que resulte adjudicatario la responsabilidad total de los costes del contrato y en el resultado de las ganancias y pérdidas que la ejecución del referido contrato pudiera llevar aparejado, si tenemos en consideración que las ganancias bajo una estructura de precio como la que venimos tratando es el resultado entre el precio y los costes que la ejecución del contrato llevan

---

<sup>126</sup> El artículo 16.202-2 de la FAR nos ofrece un excelente guía de cuando utilizar ésta forma para fijar el precio en los pliegos de cláusulas generales y particulares. En efecto, la referida normativa señala que esta estructura de precios es adecuada cuando existe competencia por precio, se tiene la posibilidad de comparar precios antes de realizar la compra, sobre la base de ofertas competitivas o información de precios y costo válidos, se haga una estimación realista y óptima de los probables costos de ejecución del contrato, las incertidumbres que pudieran darse en la ejecución del contrato puedan ser identificadas de manera razonable y estimadas ex – ante por los interesados y estén dispuestos a aceptar las mismas. Vid. artículo 16.202-2 de la FAR disponible en [http://www.arnet.gov/far/current/html/Subpart%2016\\_2.html#wp1091104](http://www.arnet.gov/far/current/html/Subpart%2016_2.html#wp1091104)

aparejados, de lo que se sigue que cualquier reducción que el futuro contratista pueda alcanzar en los costes, aumentará automáticamente sus ganancias en la misma proporción.

Como comprenderá el lector, esta herramienta permite en primer lugar reducir el problema del riesgo moral que hemos analizado precedentemente, ya que el diseño de los pliegos generales y particulares que contienen el precio, desincentivan que el futuro contratista durante la ejecución del contrato, aumente sus costes de administración (ej. pago de salarios a gerentes, adquisición de activos fijos, inversión en maquinaria costosa etc), desde que ello redundará negativamente en las utilidades del contrato, pero además genera un segundo beneficio y derivado del anterior y que se traduce en que se desincentiva la adquisición de activos fijos de gran cuantía, reduciéndose así las barreras de entrada que la adquisición de dicha clase de activos pudiera generar, facilitando por ende la competencia en los futuros procedimientos de selección de contratistas. Dicho en otros términos, el incentivo para el interesado seleccionado en ésta clase de contratos --bajo el supuesto que el mismo actúa como un homo economicus— estará en el control de los costes y que el contrato se ejecute de manera efectiva y eficiente.

Estimamos que esta estructura de precios que es posible fijar en los pliegos generales y particulares, beneficia tanto a las administraciones y órganos públicos, como también al interesado que resulta seleccionado en el procedimiento administrativo especial que venimos tratando desde el punto de vista de la eficiencia, ya que mientras el contratista maximiza sus ganancias al alcanzar altas cotas de eficiencia en la ejecución del contrato, las administraciones y órganos públicos, permitirán si han fijado el precio fijo, conforme a información adecuada, optimizar los fondos públicos, sin dejar

de mencionar que la administración del contrato tiene un coste muy reducido, dado la simplicidad de la fórmula.

Otra alternativa que manejan las administraciones y órganos públicos desde el punto de vista de la estructura de precios sobre la base de la cuál se pueden construir los pliegos generales, particulares y técnicos, es la de un precio fijo con mecanismos de ajuste automático. Estos mecanismos de ajuste, permiten la revisión del contrato al alza o a la baja, dependiendo de las contingencias que se presenten durante su ejecución. Esta estructura de precios, es eficiente utilizarla en situaciones en que las condiciones de mercado en general se encuentran inestables, como ocurrió por ejemplo recientemente con el precio del petróleo que junto a otros factores macroeconómicos, han producido un importante incremento en los costes de todos los sectores de la economía española.

Finalmente, la última categoría de contratos de precio fijo en que se incorporan mecanismos de incentivos, se establecen de manera que se fija un determinado coste, de forma tal que si al final de la relación contractual los mismos son alcanzados, existirá un pago extra por el desempeño eficiente por parte del contratista en la ejecución del mismo.

Otra herramienta que tiene las administraciones y órganos públicos para cumplir con los objetivos de eficiencia que impone el deber de buena administración, son las estructuras de precios basados en el reembolso de costes. Desde el punto de vista del riesgo moral, esta forma de estructura de precios establecen incentivos bajos para alcanzar la eficiencia en los procedimientos de selección de contratistas, desde que para estos últimos no

existirá un incentivo para alcanzar cotas de eficiencia que se compatibilicen con el principio de eficiencia<sup>127</sup>.

No obstante lo anterior, existen algunos mecanismos que permiten utilizar de manera eficiente esta forma de estructuras de precios, ya que no siempre va a ser posible evaluar todas las contingencias ex – ante, por lo que la realidad demanda la posibilidad de la existencia de la estructuras de precios que venimos tratando, ya que de lo contrario, en contratos con altos grados de incertidumbre en su ejecución, se corre el riesgo de incurrir en el fenómeno de la maldición del ganador, lo que tal como hemos visto, tiene sus efectos en el mediano o largo plazo en la optimización de los fondos públicos (costes de litigio, costes de reemplazo del contratistas, selección de un nuevo contratista) y en el sacrificio del principio de eficacia, ya que de seguro quien incurra en sobrecostos durante la ejecución del contrato, dejará de cumplir el mismo.

Desde el punto de vista de la optimización de los fondos públicos, la estructura de precios que aparece como menos recomendable en su utilización, será aquella que se fije conforme a un criterio en que el precio del contrato, esté establecido conforme a los costes del contrato más un porcentaje de los costes incurridos. Otra forma más eficiente de fijar el precio del contrato, se encuentra en el reembolso de los costes más un precio adicional fijo.

En esta clase de estructura de precios, las administraciones y órganos públicos pagarán los costes en que se incurra durante la ejecución del contrato, mas un precio fijo que representa la utilidad que el contratista

---

<sup>127</sup> Vid ARROWSMITH, Sue. "Regulating Public Procurement. National (Ob Cit), p.381.

obtiene, de lo que se sigue, que desde el punto de vista de la eficiencia no tiene un incentivo mayor en incurrir en menores costes.

No obstante lo anterior, a diferencia de los incentivos que las estructuras fijas de precio generaba, no generan un incentivo en la reducción de los costes, por lo que en nuestro concepto, debe limitarse el uso de esta clase de contrato, sólo en aquellos casos que el interés general demande la utilización de esta fórmula, tal como hemos adelantado, en contratos en que el objeto sea complejo y existan incertidumbres que pudieran aparecer durante la ejecución del mismo.

Conforme con lo señalado, una alternativa es fijar el precio conforme al coste medio que enfrente el proveedor de un bien y servicio determinado, lo cual si bien limita en principio extracciones del excedente del consumidor, no incentiva al interesado en la adjudicación del contrato en la reducción de costes o ser eficiente en su estructura, desde que los órganos públicos le estarán cubriendo los costos medios o marginales. Además esta situación se presenta como un mecanismo que genera en el largo plazo barreras a la entrada desde que el incentivo para el agente económico, será la inversión en activos fijos, con lo cual adquiere ventajas competitivas frente a otros agentes que en el futuro quisieran contratar con el órgano público<sup>128</sup>.

Otra forma de estructura de precios, es la del reembolso de coste más un precio adicional, en que el precio es calculado conforme a un coste fijo predeterminado que se fija como meta y los costes totales actuales. Conforme con lo anterior, el precio que se pague sobre los costos será mayor en la

---

<sup>128</sup> Esta forma de diseñar el pago del precio, ha sido tomada de la regulación de tarifas de los monopolios naturales, y se conoce con el nombre de "rate of return" que tal como explica CARVAJALES, su "fundamento es lograr que los precios sirvan para recuperar el costo y generar un beneficio razonable. "Vid. CARBAJALES, Mariano. *"El Estado Regulador"*. Buenos Aires: Depalma 2006. p.121.

medida que exista una mayor diferencia entre los costos fijados como objetivo y los actuales.

### **3.2. La asimetría de información y su incidencia en las discriminaciones de terceros no – nacionales otra manifestación de la reducción de la eficiencia.**

Otra perspectiva de obligado análisis cuando se estudia la información en los procedimientos de selección de contratistas, dice relación con las discriminaciones nacionales que se producen en desmedro de los interesados extranjeros o no nacionales, o lo que es lo mismo, los agentes económicos internacionales. En la legislación de los países miembros de la Unión Europea, se debieran encontrar proscritas, formar abiertas de discriminación del tipo “compre nacional” o “campeón nacional”. Lo anterior, determina que sólo en nuestros días, podamos encontrar discriminaciones que nosotros denominaremos implícitas.

La realidad muestra que la existencia de discriminaciones en contra de agentes internacionales, existen, lo que se justifica entre otras razones, por el poder de ciertos grupos de interés, fuertemente organizados que permiten la captura del órgano público encargado de la selección de contratistas<sup>129</sup>, o

---

<sup>129</sup> Para un mayor detalle de la teoría de la captura, Vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “Principios de Derecho Público Económico”. Granada: Comenares 2001, p.567, 608 y 749; POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes” en RAP N°132, septiembre-diciembre 1993, p.117-169; SOLE PONCE, Juli. “La Calidad en el Desarrollo de la Discrecionalidad Reglamentaria: Teorías Sobre Regulación y Adopción de Buenas Decisiones Normativas por los Gobiernos y las Administraciones, en RAP N°162 septiembre-diciembre 2003, p.89-144 MONTERO PASCUAL, Juan José. “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones” en REDA N° 92 abril1996, p. 567.

bien, puede deberse a motivos más nobles como la protección de industrias emergentes. Pero también --y es lo que postulamos nosotros-- los órganos públicos, pueden incurrir en conductas discriminatorias debido a decisiones racionales de los mismos --una suerte de *homo politicus*--, en que sacrificando los principios informadores del mercado común europeo, se deciden anteponer móviles políticos al interés general, y es que como afirma ARNOULD<sup>130</sup>, en algunos de los sectores en que las administraciones y órganos públicos, demandan bienes y servicios, ellos son cruciales para la economía y el desarrollo tecnológico, siendo por ende los compradores públicos más visibles y por ende más reactivos a las influencias políticas, lo que transforma a los procedimientos de selección de contratistas en herramientas al uso de fines políticos. A la misma conclusión llega DEL SAZ, quien señala que la contratación sigue siendo una herramienta para el cumplimiento de objetivos de políticas públicas fijados en los programas electorales<sup>131</sup>.

Cualquiera sea la fuente de la discriminación, el efecto que produce la conducta, es el mismo y se traduce en eliminar la concurrencia de otros agentes económicos en los procedimientos de selección de contratistas, lo que siguiendo el silogismo económico (mayor competencia = menores precios), se traduce en que los órganos públicos terminan comprando a precios más elevado con un claro sacrificio de los recursos públicos. Pero no paran allí las consecuencias adversas de las políticas discriminatorias, sino que pueden traer otros efectos negativos con claras pérdidas de eficiencia, entre los que podemos mencionar que si la industria nacional se encuentra protegida, no existirá un incentivo para mejorar en calidad de los bienes y servicios, sin

---

<sup>130</sup> ARNOULD, Joel. "Secondary Policies in Public Procurement. The Innovations Of The New Directives", en PPLR, 2004, 4, 187-197.

<sup>131</sup> Vid. DEL SAZ, Silvia, "La Nueva Ley de Contratos Ob Cit", p.335-366.

dejar de mencionar por lo demás, que determinados agentes económicos en su calidad de agentes racionales, podrán salirse de aquellos mercados relevantes en que participen en régimen de competencia, para ingresar en estos mercados relevantes protegidos, en que las rentabilidades son más altas, con claras incidencias negativas en el bienestar general.

Una posición contraria a la anterior, en el sentido que la discriminación contra terceros países producen efectos neutros desde el punto de vista económico, lo sostienen BALDWIN y RICHARDSON bajo determinadas supuestos. Dichos postulados son que en la medida que exista competencia perfecta, la demanda privada sea lo suficientemente grande, y que los productos ofrecidos por las empresas nacionales y extranjeras sean perfectamente sustitutos, una política de discriminación con respecto a terceros países genera efectos nulos, ya que las empresas extranjeras ofrecerán sus productos a los demandantes del sector privado<sup>132</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, nuestra postura es crítica al respecto, ya que la realidad muestra que los mercados de competencia perfecta, sólo existen en los libros de economía y los bienes no son siempre buenos sustitutos uno de los otros.

En consecuencia, para que una política de discriminación en contra de terceros países pueda resultar efectiva y se produzcan las consecuencias que hemos analizado precedentemente, supone que se cumplan una serie de condiciones entre las que se encuentran las siguientes: (i) que las compras públicas representen un porcentaje relevante del PIB tanto en forma consolidada como desde el punto de vista del mercado del producto, ya que en

---

<sup>132</sup> Vid. Mattoo Aaditya. "The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory", en Public Procurement, Tomo II, coordinado por Sue Arrowsmith, The international Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, 2002, p.700-701

la medida que el porcentaje sea más alto, querrá decir que la demanda pública es mayor que la privada, por lo que ésta última no puede morigerar los efectos que una política discriminatoria del gobierno genera (ii) existencia de una oferta nacional pequeña para los bienes y servicios, (iii) el grado de sustituibilidad de los productos ya que en la medida que los productos nacionales y extranjeros no sean perfectamente sustitutos --que es común que ocurra en la práctica-- la demanda privada que pudiera compensar los efectos de la política discriminatoria, no trasladará sus preferencias de consumo hacia los productos extranjeros.

Pero ¿qué elementos permiten a los gobiernos adoptar políticas discriminatorias, si en términos generales el tratado de la Unión Europea y la LCSP establecen dentro de sus objetivos prioritarios la eliminación de toda clase de discriminación nacional?

Una primera respuesta, es de naturaleza sociológica, y es expuesta por DOMINGUEZ – BARRUETA DE JUAN y REZZAOGLI, quienes explican las políticas de discriminación desde el punto de vista del sentimiento nacionalista que emana en los gobiernos frente a inversionistas extranjeros que pretenden contratar con los órganos públicos<sup>133</sup>, lo que en nuestra opinión es una explicación subjetiva que necesita ser complementada con alguna explicación de corte objetivo, no obstante lo cuál explica de manera muy realista la razón de que la sola trasposición de las directivas que regulan

---

<sup>133</sup> El primero de los autores citados, señala a propósito de las prácticas discriminatorias, que dicho sector es uno de los ámbitos: “dónde está muy asentado el perjuicio de lo nacional y donde, en consecuencia, se muestra una mayor resistencia a aceptar la entrada de los empresarios extranjeros, en los que se ve, en cierta medida, a un enemigo que viene a robar algo propio”. Cfr. DOMÍNGUEZ – BERRUETA DE JUAN, Miguel. “Sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” en “La Contratación Pública” Ob. Cit, p. 159. En un sentido similar. Vid. REZZAOGLI, Ariel. “Corrupción y Contratos Públicos. Una vision desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas”. Salamanca: Ratio Legis, 2005, p.17. FERNÁNDEZ GARCÍA, “La nueva regulación de de la contratación pública en el derecho comunitario europeo”, en RAP N°166, enero – abril 2005, p. 232.

los procedimientos de selección de contratistas, no son suficientes para lograr una integración de todos los países comunitarios.

Nosotros postulamos una explicación complementaria a la aportada por los autores precedentemente citados, que descansa en que la existencia de asimetría de información en los procedimientos de selección de contratistas, facilita la adopción de medidas discriminatorias, lo que pone en serio riesgo uno de los objetivos principales que busca la LCSP al trasponer las Directivas Europeas, cuál es el de no discriminación.

En efecto, la existencia de información asimétrica en los procedimientos de selección de contratistas trae como necesaria consecuencia --tal como apunta VAGSTAD-- que la misma sea difícilmente detectable<sup>134</sup>, lo que unido a la inexistencia de incentivos para fomentar y eliminar toda forma de discriminación (piense el lector que para el gobierno de turno cuya gestión es medida por los electores en las elecciones democráticas internas y no en las europeas, preferirá priorizar los objetivos socio políticos internos por sobre los comunitarios ya que de lo contrario, puede terminar perdiendo las elecciones<sup>135</sup>), si se tiene en consideración que la LCSP incorpora como criterio de selección de contratistas, el concepto jurídico indeterminado de

---

<sup>134</sup> VAGSTAD. S., *"Promoting Fair Competition in Public Procurement"* en *Journal of Public Economics* N° 58 (1995) p. 284.

<sup>135</sup> Lo expuesto, es compartido señalado por ARROWSMITH, quien señala que las políticas de compras nacionales pueden ser contraproducentes, y que frecuentemente los beneficios económicos se obtienen abriendo los mercados a la competencia internacional. Agrega la autora, que no obstante el razonamiento es entendido por los gobiernos, las presiones políticas para realizar compras nacionales provenientes tanto de lobbies industriales internos o de la opinión en general puede ser muy difícil de resistir. En efecto, la autora señala: "Thera are, in fact, strong economic arguments that this sort of nationalistic purchasing is often counterproductive, and that frequently greater economic benefits may be achieved by opening up goverment procurement markets to international competition. Nonetheless, even when this is understood by governments, political pressures for nationalistic purshasing, coming either fron industry lobbies or general public opinión, may be difficult to resist". Cfr. ARROWSMITH, Sue. "Regulating Public Procurement (...) Ob Cit" , p.10.

oferta económica más ventajosa, concepto que no incluye el precio como único parámetro de selección de contratistas, sino que tal como vimos precedentemente, muchos otros criterios subjetivos que pueden encasillarse bajo el criterio de calidad de los bienes o servicios entre los que podemos encontrar, servicios de post venta o técnicos, garantías, adelantos tecnológicos, tiempos de provisión de los bienes o servicios, etc, todos los cuáles como diría un economista, no son fácilmente observables para terceros interesados y menos para los órganos encargados de resolver los conflictos derivados del procedimiento de selección de contratistas.

El problema de información asimétrica que venimos analizando como causante de la discriminación nacional, puede ser también entendido tanto desde el punto de vista de la teoría de la agencia, como desde la óptica del control de discrecionalidad, pese a que ésta última perspectiva, se ve morigerada a nivel nacional, más no a nivel de control de los órganos de la administración del estado por parte del TJCE.

Desde la óptica de la teoría de la agencia el problema de la asimetría de la información se ve más claramente. En efecto, bajo esta teoría el principal vendría a ser la Comisión y el TJCE, dentro de cuyos objetivos informadores se encuentra como hemos visto, el de la eliminación de cualquier forma de discriminación. Por su parte, en este esquema de principal-agente, el papel de éste último, es desempeñado por el estado español o cualquier otro estado comunitario. Dentro de los objetivos de estos agentes, pueden encontrarse el reducir las cifras macroeconómicas de desempleo, o la de incorporar políticas de compras ecológicas, etc. Es del caso señalar también que la Comisión y el TJCE, al no encontrar dentro de su giro o tráfico ordinario la compra en los mercados relevantes en que el estado o los órganos públicos participan por el lado de la demanda, éstos últimos

poseerán más información con respecto a la calidades de los productos o servicios requeridos, lo cuál expresarán al diseñar los pliegos de cláusulas generales o particulares que integran el procedimiento de selección de contratistas, lo que ya provoca una ventaja informativa a favor de los órganos públicos.

El otro componente de la formula, se encuentra en las mismas Directivas que traspuso la LCSP, ya que al permitírsele como criterio de adjudicación la elección de la oferta económicamente más ventajosa, le permite explotar en su propio beneficio, las asimetrías de información que hemos destacado, sin que pueda ser fácilmente detectado por la Comisión o el TJCE.

En consecuencia, la no existencia de incentivos al cumplimiento de las Directivas, provocan como necesaria consecuencia que exista una alta tasa de incumplimiento por parte de todos los países comunitarios, conclusión que es apoyada por PIÑAR MAÑAS<sup>136</sup>, quien pone de manifiesto la situación de incumplimiento generalizado de las Directivas Comunitarias sobre contratación, señalando que dicho incumplimiento, no es propio o particular de uno o varios Estados miembros, sino general a todos ellos<sup>137</sup>. Agrega el autor, que no obstante existir algunos Estados miembros con tasas de incumplimiento mayores, lo cierto es que ninguno puede presentarse como un ejemplo del respeto de las mismas, por lo que concluye que no basta con tomar en consideración la transposición teórica que se haya podido llevar a cabo de las Directivas, sino la aplicación efectiva tanto de las normas de transposición como de las Directivas.

---

<sup>136</sup> PIÑAR MAÑAS, José Luis. "Origen y Fundamentos del Derecho Europeo de Contratos Públicos" en "La Contratación ... Op cit". p.288-291.

<sup>137</sup> Cfr. Libro Verde "Ob Cit", p.5 y 16.

Otra forma de ver el problema de la asimetría de la información, es desde la óptica del control de discrecionalidad por parte de los tribunales contencioso administrativo. En efecto, los interesados en el procedimiento de selección de contratistas que no sean favorecidos en el concurso, verán limitadas su posibilidad de impugnar la resolución y que ella sea anulada y en último termino sustituida por los citados organismos, entre otras razones: (i) por la clásica discusión que entraña el control de discrecionalidad, en especial si los tribunales contencioso administrativos, pueden en ejercicio de sus facultades revisoras de la actividad administrativa, controlar la discrecionalidad administrativa (decisiones de oportunidad y mérito), sin afectar la división de poderes, o dicho en otros términos, sin entrar a ejercer competencias propias de otros poderes del estado (ii) la deferencia técnica<sup>138</sup> que existe por parte de los tribunales contencioso administrativos hacia la actividad de la administración.

De esta manera, si los órganos públicos, prefieren favorecer a los particulares nacionales en desmedro de los extranjeros, teniendo los incentivos<sup>139</sup> para hacerlo, nosotros denunciarnos que también cuentan con

---

<sup>138</sup> La teoría de la deferencia técnica, es extraída del derecho público norteamericano y explica la restricción del control judicial para juzgar la legalidad de la actividad administrativa y reglamentaria de las agencias reguladoras independientes, explicando el fenómeno en que la interpretación del ente regulador prevalece en la medida que no sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación, o bien en la medidas que sea razonable cuando la ley es insuficiente. Para un mayor detalle Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *“Evolución de los Principios Aplicables a los Servicios Públicos y Problemas Actuales Tras los Procesos de Privatización”* en RAP N°157 enero – abril 2002, p. 467-494.

<sup>139</sup> En principio muchos incentivos para los órganos públicos para discriminar en contra de otros estados miembros tanto en mercados competitivos como en aquellos que no lo son. En primer término, pueden mencionarse externalidades positivas derivadas de la producción nacional (mayores recaudaciones por vía de impuestos o reducción de las tasas de desempleo). En segundo lugar, las estructuras de los costos de distribución, pueden ser menores en los casos de las industrias nacionales que las extranjeras. No obstante lo anterior, estos incentivos son más aparente que reales, dado que como apuntan MARDAS, DIMITRI y PAPACHIRSTOU, la inversión extranjera es un factor importante también en el desarrollo interno de los país. En efecto dependiendo del país, si el mismo se encuentra en

las herramientas para lograr dichos objetivos, ya que la LCSP le permitirle en la elaboración de los pliegos generales y particulares, un amplio campo de discrecionalidad técnica, facilitando tal discriminación por disponer el artículo 134 de la citada normativa, que la regla general a seguir en la selección del adjudicatario será la oferta económica más ventajosa. De esta forma, debemos necesariamente concluir que la LCSP, entrega todas las facilidades para que los órganos públicos puedan discriminar a favor de los productos nacionales y al parecer no considera el problema de la información asimétrica y como ella puede ser utilizada para incurrir en los procedimientos de discriminación.

Vimos precedentemente, que una de las asimetrías de información que se producían era el problema de la maldición del ganador y que generalmente ocurría cuando el bien o servicio objeto del contrato, no se encontraba suficientemente determinado. Lo anterior supone que los poderes públicos encuentran dentro del ámbito de sus atribuciones en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, la posibilidad de determinar y definir el objeto del contrato. De esta manera, si determinan y definen el objeto del contrato y por otra parte tienen incentivos en discriminar en contra de agentes económicos extranjeros, se encuentran en una posición –producto de la asimetría de la información existente– en la posibilidad de incurrir en conductas discriminatorias, dado el amplio

---

vías de desarrollo o el mismo es desarrollado, las externalidades positivas que puede generar la inversión extranjera va desde el ingreso al mercado de tecnología de punta, facilitar en incentivas las actividades económicas internas y mejorar la calidad de la mano de obra interna. Cfr. MARDAS, DIMITRI y PAPACHIRSTOU. “*Public Procurement and Foreign Direct Investment Across France, Germany, Italy and the UK*” en *Atlantic Economic Journal* 36, 2008, p. 184. Por su parte ARROWSMITH, agrega que los incentivos pueden explicarse además del incremento en el empleo doméstico, en que las ganancias quedan en las industrias nacionales. Vid ARROWSMITH, Sue, “Regulating Public Procurement (...) Ob Cit”, p.239.

margen de discrecionalidad que le otorga el hecho de que puedan redactar los pliegos generales y particulares y que pueda utilizar como criterio, la oferta económicamente más ventajosa, que como volvemos a repetir, no incluye sólo el elemento precio como criterio de asignación.

Todo lo anterior, vendría a transformar el principio de no discriminación, en una mera disposición pragmática constituyendo la exposición de motivos, un antecedente más de la buena fe de parte de los legisladores, pero una muestra más que en las labores legislativas, no se ponderan debidamente todos los intereses en juego y no se tienen en consideración cuestiones tan importantes, como los criterios económicos que subyacen en la LCSP.

#### **5.- Barreras a la entrada en los procedimientos administrativos de selección de contratistas y sus consecuencias en la eficiencia de los procedimientos de selección de contratistas.**

La existencia de barreras a la entrada reviste capital importancia en el análisis económico. En primer término, la existencia o no de las mismas determina el modelo de mercado bajo cuyo prisma se deba analizar un mercado relevante determinado. Así, mientras la ausencia de barreras de entrada, nos permite, si se dan otros supuestos, estar en presencia de mercados contestables o desafiables, la existencia de las mismas según la forma y grado en que afecten la competencia, determinará que estemos en presencia de estructuras de mercado relevante de tipo monopolísticas, monopsónicas o oligopólicas.

Pero, ¿qué significa que haya barreras de entrada?, pareciera pertinente antes de analizar las mismas en el denominado mercado de la

contratación pública, manejar a lo menos los conceptos que tradicionalmente se han aceptado para conceptualizarlas, para lo cuál advertimos al lector que en la ciencia económica no es pacífica la terminología de lo que debemos entender por barreras de entrada<sup>140</sup>.

La primera definición que encontramos y que corresponde a un concepto amplio de lo que debe entenderse por barreras a la entrada, fue proporcionada por BAIN, quién definió las mismas como aquellos factores que permiten a las empresas establecidas, lograr beneficios extraordinarios, elevando el precio por encima del nivel competitivo, inhibiendo o desalentando el ingreso de nuevas empresas en el mercado relevante que se trate. El autor que analizamos, señalaba que hay cuatro factores que impiden la eliminación de los beneficios, y que por lo tanto, perpetúan la imperfección del mercado, entre los que menciona: (i) la existencia de economías de escala, (ii) las ventajas absolutas de los costes de producción, (iii) las necesidades iniciales de capital y (iv) la diferenciación del producto.

Las existencia de economías de escala se erige como la pieza clave el comercio intraindustrial moderno, y es uno de los factores que configuran los mercados de estructuras oligopólicas o oligopsónicas. En efecto, las economías de escala en la producción o distribución, hace que, dentro de cierto rango, cuanto mayor sea el nivel de producción y ventas de una empresa, menores sean sus costes medios. De esta manera en una situación en que existe una barrera como la recién descrita, el potencial desafiante de un mercado relevante, encontrará el problema de que, si desea entrar con un nivel de producción menor que los de la empresa establecida, sus costes medios serán mayores que los de dicha empresa, y por tanto, su capacidad

---

<sup>140</sup> Una buena fuente empírica para determinar el alcance de las barreras de la entrada se puede encontrar en los procedimientos de fusiones de empresa y en los litigios que se ventilan ante el TDC y el TJCE.

de competencia se verá seriamente constreñida. También las ventajas absolutas de costes y las necesidades iniciales de capital hacen referencia a formas de producción de una empresa derivadas del aprendizaje mediante la experiencia o a patentes obtenidas mediante la investigación a las que no pueden tener acceso (o tenerlo a un coste muy alto) los potenciales competidores de la empresa ya instalada que se plantean entrar. Finalmente la diferenciación de productos a través del fenómeno de las marcas y campañas de marketing que crean un proceso de fidelización<sup>141</sup> de los consumidores, también bajo la definición de Bain, quedan comprendidos dentro del concepto de barreras a la entrada, o también las innovaciones que puede haber hecho una empresa ya instalada (por ejemplo a través de la inversión en I+D) que no permiten o hacen inviable la entrada a los nuevos competidores.

Otras definiciones más recientes, acerca de las barreras a la entrada, han sido elaboradas a partir del concepto que STIGLER<sup>142</sup> autor que conceptualiza las barreras a la entrada desde el punto de vista de la teoría de los costes, señalando que las mismas, corresponden a todos aquellos costes que deben enfrentar los desafiantes de un mercado y que no son soportados por los incumbentes del mismo. En la definición del autor en comento, se excluye a las economías de escala como barrera a la entrada.

---

<sup>141</sup> Tal como veremos más adelante, el procedimiento de fidelización también se presente en el ámbito de los procedimientos de selección de contratistas y se traduce en la preferencia que manifiestan los órganos públicos a favor de determinados agentes económicos que han contratado en otras ocasiones con los mismos.

<sup>142</sup> Cfr. STIGLER, G. J. (1968). *"The Organization Of Industry"*, Irwin: Homewood, III. Pág. 67. En efecto el autor define las barreras de entrada de la siguiente forma: "...a barrier to entry is a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry".

Von WEIZSACHER<sup>143</sup>, por su parte, presenta una definición muy relacionada con la de STIGLER, pero más centrada en aspectos de bienestar señalando que las barreras a la entrada pueden ser definidas como aquellas limitaciones socialmente indeseables a la entrada y que son producto de la protección de los recursos de los incumbentes.

Lo que resulta claro es que el concepto por su amplitud y todas las variedades de barreras a la entrada que se pueden presentar en la realidad, es difícil de definir y limitar, por lo cuál pareciera ser que es preferible centrarse en los efectos que ellas provocan, más que en sus características.

Conforme con lo anterior, constituirán barreras a la entrada todos aquellos factores que restrinjan, impidan, dificulten o desincentiven la entrada de nuevos operadores económicos a un mercado relevante determinado, reduciendo por tanto el bienestar en términos generales<sup>144</sup>.

El efecto que venimos tratando, tiene consecuencias en los mercados, ya que por un lado crean poder en los mismos (permitiendo o facilitando que las empresas abusen del mismo, vendiendo por ejemplo por encima del precio competitivo de equilibrio), pero también crean sectores estratégicos, sectores que los economistas denominan *más valiosos en el margen* que son cuidadosamente cautelados a nivel interno por los órganos de defensa de la competencia, mas si estos mercados compiten en el ámbito internacional donde ya no resulta tan clara dicha fiscalización por los órganos internos. En efecto, como vimos supra \_\_\_, por cierto un gobierno puede promover que empresas nacionales perciban mayores beneficios que sus rivales extranjeros

---

<sup>143</sup> Von Weizsacher, C.C. (1980). "A Welfare Analysis Of Barriers To Entry", Bell Journal of economics, 1980, N°1, p. 399-420.

<sup>144</sup> Parece ser esta misma definición la que ha manejado el TDC. Cfr. Expediente C 76/02 Endesa / Hidroflamicell.

mediante la política industrial, lo que se logra con una política de compras nacionales los que en último término reducen el bienestar nacional. Por tanto el gobierno puede buscar qué sectores presentan estas barreras, comprobar que hay empresas nacionales que compiten en estos sectores internacionalmente y, si hay (y seguramente habrá) importantes beneficios en juego, proteger a las empresas nacionales tal como vimos supra\_\_\_\_\_.

En este caso el gobierno se limita a actuar una vez que las barreras de entrada existen, pero ¿podría tener interés en hacerlas aparecer en determinados sectores?, o incluso, ¿hacer la política industrial (mediante subsidios o inversión en I+D) aparecer barreras de entrada ya sea premeditada o no premeditadamente.

Tradicionalmente se suelen clasificar las barreras de entrada en dos categorías: barreras naturales que reciben dicho nombre por cuanto surgen de un modo natural (el monopolio natural es el más claro ejemplo) y barreras artificiales. A su vez la doctrina económica, suele distinguir las barreras artificiales en barreras legales y otras barreras artificiales<sup>145</sup>.

Debido al objeto del presente trabajo, nosotros nos centraremos en las barreras artificiales, más precisamente las legales, por ser ellas las que podemos encontrar en los denominados mercados de la contratación pública. Esta clase de barreras, tal como apunta COLOMA, surgen en todas aquellas situaciones en las cuales el estado regula de alguna manera el acceso al mercado, sea a través de disposiciones directas que lo limitan o de cargas tributarias, requisitos administrativos extraordinarios que lo vuelven más costoso<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Para un mayor detalle acerca de las barreras de entrada Vid. entre otros, COLOMA, German. *"Defensa de la Competencia"*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, p. 53-56.

<sup>146</sup> COLOMA, German, Ibid. P.54.

Debemos señalar una vez más que en el ámbito nacional las actuaciones gubernamentales intentan eliminar (y no crear) barreras para aumentar así la competencia, pero cuando pasamos al ámbito internacional vimos cómo estas acciones pueden estar encaminadas a crear barreras que impidan la entrada a rivales extranjeros.

Nosotros nos centraremos en las dos primeros tipos de barrera de entrada –las cuáles dentro de la terminología económica– debieran quedar comprendidas dentro de la clasificación que tradicionalmente se maneja, como barreras legales, desde que uno de los objetivos declarados por la LCSP y en general de cualquier sistema de procedimientos administrativo de selección de contratistas es precisamente la promoción a la entrada, ya que mientras mayores sean los interesados que participan en el mercado de la contratación pública, mayores serán los beneficios para los órganos públicos que actúan como compradores.

El objeto de este apartado es identificar las barreras a la entrada que se encuentran presentes en los procedimientos administrativos de selección de contratistas y exponer los mecanismos a disposición de los órganos públicos para reducir o eliminar las mismas, cumpliendo de esta manera con los objetivos de la LCSP, que en palabras de MORENO MOLINA, se traduce en suprimir las barreras de entrada y la reducción de los para los licitadores<sup>147</sup>.

Las barreras a la entrada que tradicionalmente encontramos en el ámbito de la contratación pública se refieren a: la regulación de los procedimientos administrativos de selección de contratistas y los elevados

---

<sup>147</sup> Una de las manifestaciones positivas que presenta la nueva LCSP, es que la garantía provisional del 2% del presupuesto de la licitación deja de ser obligatoria y la presentación de la documentación previa a la adjudicación se limita a un certificado para los licitadores. Vid. MORENO MOLINA, José Antonio – Francisco Pleite Guadamillas. “La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático”. Madrid: La Ley, 2007. p.74 y 380-382.

costos elevados en la participación del procedimiento de selección de contratistas y la desconfianza por parte de la administración hacia nuevos operadores<sup>148</sup>.

### **5.1. Regulación de los procedimientos administrativos de selección de contratistas.**

Conforme vimos en el capítulo \_\_\_\_\_ el deber de buena administración, estaba formado entre otros principios, por los de economía y eficiencia en el manejo de los presupuestos públicos, lo que trasladado al ámbito de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, debe traducirse necesariamente--, como apunta MORENO MOLINA, en la utilización de procedimientos mínimos o esenciales para el desarrollo del proceso contractual, con el fin de evitar trámites innecesarios que terminan elevando los costos de transacción<sup>149</sup>.

Coincidimos en consecuencia con el autor antes referido, en que los principios de economía y eficiencia imponen a los órganos públicos un deber de reducir los costes del procedimientos administrativo, que debieran incentivar una mayor concurrencia de interesados en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, eliminando las posibles barreras a la entrada que impidan la participación de la mayor cantidad posible de contratistas<sup>150</sup> y de esta manera controlar uno de las elementos que

---

<sup>148</sup> Vid Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea de la Comisión Europea, p. 14, y 39 disponible en [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_es.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf).

<sup>149</sup> MORENO MOLINA, José Antonio. "Los Principios Generales (...) Ob Cit". Albacete: Bomarzo, p.69.

<sup>150</sup> MORENO MOLINA, José Antonio. Ob Cit, p.69.

tradicionalmente se han señalado como facilitadores de la colusión, como son las barreras de entrada<sup>151</sup>.

En efecto, la tendencia a sobre regular los requerimientos solicitados a los particulares, pueden afectar o desincentivar la participación en los particulares en los mercados en que el estado actúe demandado bienes y servicios,

Dentro de los requerimientos regulatorios que importan mayores costes actúan como desincentivadores al momento de contratar encontramos la existencia de registros de contratistas regulados por la LCSP        que demuestran que la relación órganos públicos particulares no está gobernada por una relación de confianza

En consecuencia, los procedimientos administrativos de selección de contratistas, deben ser elegidos y los pliegos de cláusulas generales y particulares diseñados de tal manera, que permitan compatibilizar el procedimiento administrativo de selección de contratistas al ritmo de las actividades económicas tradicionales.

#### **5.1. Costes elevados en la participación del procedimiento de selección de contratistas.**

Los costes de transacción, actúan como un importante condicionante de la participación de interesados en los procedimientos administrativos de selección de contratistas. El aumento de los costes de transacción, genera el efecto de que los agentes del mercado son más cuidadosos y selectivos al momento de decidir los procedimientos administrativos de selección de contratistas en los cuáles participar, y dado que ellos se comportan como

---

<sup>151</sup> DIMITRI, Nicola, PIGA, Gustavo y SPAGNOLO, Giancarlo. "Handbook of Procurement". Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 23 y 350.

*homo economicus* centrarán sus participaciones allí donde los requerimientos de información que deben ser provistos a los órganos públicos sean menos exigente.

La reducción de particulares en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, también se puede observar en aquellos procedimientos en que el objeto del contrato es demasiado complejo o bien se trata de productos que no se transan tradicionalmente en el mercado, dado que en aquellos casos al coste de la información que debe proveerse a las administraciones y órganos públicos, debe agregársele los estudios técnicos necesarios y estudios para poder formular la oferta. Todo lo anterior, se presenta como excesivamente onerosos, si se tiene en consideración que la posibilidad de ser seleccionado en el procedimiento administrativo, no está asegurada y por ende muchas veces todos los costes de acceso a la información, pueden ser calificados de hundidos<sup>152</sup>, estos es, que no se recuperan cuando se sale del procedimiento administrativo de selección de contratistas, salida que en el caso particular, estará representada por la no adjudicación del contrato.

## **5.2. Imposibilidad de las PYMES de explotar economías de escala.**

Por regla general, las barreras de entrada afectan a las PYMES, lo cuál en el largo plazo termina reduciendo la eficiencia en los mercados en general y en los procesos de compra que llevan a cabo los órganos públicos. En efecto, tradicionalmente se argumenta, que los gobiernos debieran promover a las PYMES debido a que las mismas producen efectos económicos más

---

<sup>152</sup> En este sentido se pronuncian TREMPTE y BOVIS, al indicar que los costos tanto para el oferente y demandante en que incurren por el uso de un determinados procedimiento de selección de contratistas no son recuperables, Vid. TREMPTE, Peter, Ob cit, p. 123 y BOVIS Christopher, "EC Public Procurement (...) Ob Cit", p.154.

ventajosos que las grandes empresas, en términos de creación de empleo, eficiencia y crecimiento.

Nuestro postulado, parte del supuesto que las PYMES<sup>153</sup> se encuentran impedidas --dada su estructura de costos y capacidad disponible-- de participar en más de un procedimiento administrativo de selección de contratistas en que el objeto o servicios que se adjudique sea muy complejo. Lo anterior produce el efecto que los costes unitarios de transacción que se encuentran implícitos en la participación en un procedimiento de selección de contratistas, son mayores que los que enfrentan firmas de mayor tamaño, que tienen la posibilidad de participar en más de un mercado relevante de la contratación pública (por ser empresas multi productos), o bien tienen una frecuencia de adjudicación mayor que la de las firmas más pequeñas, todo lo cuál les permite realizar ofertas económicamente más ventajosas desde el punto de vista del precio prorrateando el coste de la participación en más de un contrato. Dicho en términos económicos, los costos medios que representan cumplir con los procedimientos administrativos y los requisitos que se imponen- en las pliegos generales y particulares, son inferiores, lo que le permite a las grandes empresas<sup>154</sup> explotar economías de escala.

---

<sup>153</sup> La consideración de PYMES varía de un país a otro dependiendo, sobre todo del nivel de desarrollo del país. Así por ejemplo una PYMES de un país desarrollado como Estados Unidos puede tener en términos de tamaño comparativo el mismo número de trabajadores que una empresa grande en un país en vías de desarrollo. Por lo anterior, se establecen límites y rangos para calificar a las empresas de medianas y pequeñas conforme al número de trabajadores. El límite inferior presenta un rango de entre 5 y 10 trabajadores mientras que el límite superior entre 50 y 100 trabajadores. El límite superior para las medianas empresas esta fijado entre 100 y 250 empleados.

<sup>154</sup> NIETO, da cuenta del fenómeno de las barreras de la entrada que enfrentan las PYMES, señalando respecto al mercado español lo siguiente: "(...) El mercado nacional está dominado por un puñado de grandes empresas --las únicas que tienen capacidad económica para absorber contratos que superan el centenar de millones de pesetas-- (...). Cfr. NIETO. Alejandro, *"La Organización Del Desgobierno"*. Barcelona: Ariel. 1984, p.99. En los libros posterior NIETO no vuelve a preocuparse del tema, cuestión a que atribuimos a que sigue

Las barreras a la entrada que afectan a las empresas pequeñas y de mediano tamaño, pueden provenir ya sea de la regulación del procedimiento administrativo de selección de contratistas<sup>155</sup>, de la propia administración al seleccionar un determinado tipo de procedimiento en desmedro de otro o bien, cuando elabora las condiciones generales o particulares del contrato<sup>156</sup>. Asimismo puede venir de los otros actores que participan compitiendo por el contrato en ésta clase de procedimientos administrativos especiales.

En efecto, para una firma de mayor tamaño, que interactúa en forma constante con la administración, los costes de cumplir con la normativa de la LCSP que regula las condiciones de acceso, puede ser repartido en un mayor

---

igual. Vid. NIETO, Alejandro "La Nueva Organización Del Desgobierno", Cuarta Edición, Barcelona: Ariel: 2006 y "El Desgobierno de lo Público". Barcelona: Ariel, 2008.

<sup>155</sup> En este sentido se pronuncia KOVACIC, quien analiza como el sistema regulatorio de los procedimientos de selección de contratistas afecta la competencia y oportunidades de determinadas firmas para actuar como proveedores de bienes y servicios al estado. Para un análisis más profundo Vid. KOVACIC, William E. "Regulatory Controls as Barriers to Entry in Government Procurement" en Policy Sciences N°25 1992, p.29-42. En este mismo sentido pareciera pronunciarse ORTEGA RIVERO, cuando señala que: una u otra redacción de la legislación sobre contratación pública puede favorecer a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) o las grandes contratistas. Vid. RIVERO ORTEGA, "¿Es Necesaria Una Revisión del Régimen de los Contratos Públicos?, en REDA N° 121 enero-marzo 2004, p.43.

<sup>156</sup> Vid. TDC "La competencia en España: balance y nuevas propuestas» (1995)", en dónde señala el rol que deben jugar los órganos públicos en la contratación administrativa, y señalando la importancia en materia de competencia que significa la eliminación de barreras a la entrada en la contratación pública. Señaló el TDC, apartado del informe que transcribimos a continuación: "los citados pliegos deben asegurara los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio", añadiendo que «la Administración (...), al elaborar los correspondientes pliegos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado". En efecto, las propuestas anteriores resultarían totalmente estériles si, pese a ser asumidas por la Administración, a través de los pliegos (...) se establecen requisitos que operen como barreras de entrada, tales como el reservar la prestación del servicio a los empresarios de un determinado sector (...) excluyendo al resto, o el exigir al operador que cuente con los recursos necesarios para atender toda la demanda (...), impidiendo que dicha demanda pueda ser satisfecha por varios empresarios con menores medios. No hay que olvidar a este respecto que la verdadera competencia no reside exclusivamente en el hecho de la existencia de muchos competidores, sino también en que no haya barreras que impidan la entrada de nuevos operadores en cualquier momento (contestabilidad del mercado). Sólo de esta manera se conseguirá mantener la competencia (...)"

número de contratos, sobre todo, si se tiene en consideración que los costes en que se incurre en cumplir con la normativa son costes hundidos y por ende irre recuperables. A la ventaja anterior se une la supremacía competitiva que presentan aquellos actores que repetidamente contratan con el gobierno -juegos repetidos los denominaría un economista-- ya que tal como apunta KOVACIC, un contratante de gran tamaño creará una estructura para cumplir con los requerimientos regulatorios a fin de cumplir con los mismos<sup>157</sup>. Si ello es así, un agente de mayor tamaño, se encontrará en condiciones de repartir los costes que la regulación de los procedimientos incorporan en un mayor número de contratos, creando por ende economías de escala.

Asimismo, en aquellos sectores denominados de infraestructura o que exijan costes muy altos de investigación, un proveedor incumbente con un gran número de contratos también se encontrará en una ventaja competitiva, frente a los agentes de menor tamaño que muchas veces pueden ser más innovativos y eficientes, pero su participación en el procedimiento administrativo se ve desincentivada producto de las barreras de acceso y el riesgo que lleva aparejado competir con agentes incumbentes en el denominado mercado de la contratación pública, quienes incluso pueden llegar a desarrollar técnicas tan sofisticadas como las consistente en presentar las ofertas, para resultar seleccionados, pese a que la calidad del producto o servicio ofrecido, sea inferior a la de sus competidores, tal como lo apuntan RIVERO, TIROLE Y PICCI<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Vid KOVACIC, William E, Ob cit, p.36, en la cuál señala: "A large government contractor ordinarily creates a substantial compliance infrastructure to address the government's regulatory concerns and fulfill regulatory obligations".

<sup>158</sup> Cfr. RIVERO ORTEGA, Ricardo. "¿Es Necesaria una (...) Op cit", p. 43; LAFFONT, Jean-Jacques – TIROLO, Jean, "A Theory of (...) Ob Cit", p. 1; y PICCI, Lucio. "Reputation – Based Governance of Public Works" en The Economics of Public Procurement. Gran Bretaña:

### 5.3. Desconfianza hacia los nuevos operadores.

La deferencia por parte de los órganos públicos hacia los incumbentes en los denominados mercados de la contratación pública, también provoca la existencia de barreras a la entrada. Esta desconfianza --que en opinión de NIETO es el principio inspirador de la contratación del Estado<sup>159</sup>-- y que RIVERO ORTEGA apunta que la misma se encontraba presente desde el Real Decreto de 1852 y se mantiene hasta la fecha<sup>160</sup>, se explica o tiene su fundamento en los elevados costes que importa para los poderes públicos que el agente encargado de ejecutar el contrato, incumpla el mismo o solicite modificaciones de los términos en los cuáles el mismo fue ejecutado. Los costes a que nos referimos en este punto, no sólo obedecen a los de carácter económico, sino que también a los de carácter político, si se tiene en consideración que el incumplimiento de un contratante particular, puede afectar el funcionamiento de los órganos públicos.

De esta manera, la desconfianza se traduce en un desincentivo para contratar e interactuar con otros operadores que no han sido seleccionados anteriormente como contratistas, y respecto de los cuáles no se tiene un registro respecto de su comportamiento contractual. En efecto, pese la administración y órganos públicos cuentan con poderes exorbitantes durante el procedimiento de selección de contratistas y luego durante la vida del contrato, para poner remedio a las conductas oportunistas por parte de

---

Palgrave Macmillan, 2007, p.161. Así mientras el primero de los autores citados plantea a nivel de interrogante la averiguación de si los contratos se adjudican a las mismas empresas, los segundos parecen ser más categóricos señalando que la repetición en las adjudicaciones se deben a la habilidad de algunos interesados en controlar el flujo de información.

<sup>159</sup> Vid. NIETO, Alejandro. "La Organización del Ob Cit", p.97. quien señala: "La desconfianza es el principio inspirador del Estado. Para la Ley, es un granuja potencial, dispuesto a amañarse con los funcionarios para enriquecerse ambos a costa del presupuesto".

<sup>160</sup> Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Es Necesaria una (...) Op cit p.36 y 580.

los interesados o posteriores contratistas, los órganos públicos, por regla general son reacios a adoptar dichas medidas durante la vida del contrato, debido a los altos costes que significan para ella (i) organizar un nuevo procedimiento de licitación para reemplazar al co-contratante, (ii) la incidencia que pueda tener el incumplimiento en el funcionamiento del órgano público.

El comportamiento contractual en la contratación pública, se presenta como especialmente importante si se tiene en consideración que la mayoría de los contratos públicos, están inspirados en la satisfacción de interés general, por lo que si el contratista seleccionado no cumple con sus obligaciones contractuales, es muy probable que ello afecte la eficacia con que los órganos públicos deben satisfacer el interés general<sup>161</sup>. En efecto, si los órganos públicos, deciden acudir a terceros para la adquisición de bienes o servicios, su voluntad dado el principio de eficacia que la vincula, no puede ser otra que la de perseguir el cumplimiento del objeto del contrato, ya que en su voluntad se encuentra ínsita el interés público, así como también los recursos públicos con cargo a los cuáles será ejecutado el contrato respectivo se gasten en forma eficaz y eficiente. Es por lo anterior es coorrecto afirmar que el interés general no constituye un límite del principio de libertad de pactos, sino que es el mismo el que le otorga a la administración la legitimación para contratar.

De esta manera como los órgano públicos conocen muchas veces sólo el comportamiento de aquellos particulares incumbentes la entrada de nuevos desafiantes se torna difícil ya que las administraciones y órganos públicos, dada la especial característica del giro propio de la administración,

---

<sup>161</sup> LEGUINA, Jesús. "Gasto Público e Incumplimiento de contratos de obras educativas". Madrid: Universidad Complutense, 1978, p.17-19.

dificulta el ejercicio de acciones resolutorias por parte de los órganos contratistas. Así por ejemplo si la ejecución del contrato no es satisfactoria, de un contrato de construcción de obra o en que el particular provea servicios de manera continua, las administraciones u órganos públicos pueden verse desincentivados a entrar en un litigio para el cumplimiento o resolución del contrato, por la dificultad que entraña la sustitución del nuevo contratista, sin dejar de mencionar por lo demás los inconvenientes que pudiera generar dicha situación desde el punto de vista del interés público.

Lo anterior, debe ser considerado como una barrera a la entrada que puede actuar por un lado como un importante desincentivo y por ende limitar la competencia, y por otro, que los entrantes que decidan desafiar la entrada, lo hagan a precios muy bajos en sus propuestas como lo sostienen PIGA y THAI<sup>162</sup> --con el riesgo de incurrir en el problema de la maldición del ganador-- con el objeto de compensar el problema de la reputación del incumbente.

Una buena muestra de lo que venimos sosteniendo, lo encontramos en el análisis de los incentivos que determinan el comportamiento de las administraciones y órganos públicos y la regulación que hace la LCSP para acreditar la solvencia financiera y técnica de los contratistas. En efecto, los altos costes que significa para las administraciones y órganos públicos un posible incumplimiento del contrato, producirá como necesaria consecuencia que éstos prefieran incorporar dentro de los pliegos generales y particulares, sistemas de evaluación de las capacidades económicas y técnicas de carácter empírico<sup>163</sup>, esto es, poniendo el énfasis en la ejecución anterior del mismo u

---

<sup>162</sup> Vid. PIGA, Gustavo y THAI, Khi, Ob cit, p. 2.

<sup>163</sup> Una buena muestra de los criterios empíricos de evaluación de las capacidades económicas y técnicas de los contratistas, se encuentran en los artículos 64 c), 65 a), 66 a) y 67

otros contratos de similar naturaleza por sobre otros, en que la real capacidad económico y técnica sólo se aprecia durante la ejecución de contrato.

Lo anterior, determina que la reputación de los competidores en los procedimientos de selección de contratistas adquiera capital importancia elevando los costos de entrada para los nuevos y potenciales participantes.

#### **5.4. El principio de eficiencia como causante de barreras a la entrada.**

Uno de los principios que incorpora el deber de buena administración, cuál es la eficiencia, también genera barreras de entradas para la PYMES. En efecto, en el interés de maximizar la eficiencia en los procedimientos de selección de contratistas y en la búsqueda de obtener el mayor rendimiento de los fondos públicos, se tiende a organizar procedimientos de compras por

---

a) de la LCSP. Por ser todos los artículos de similar tenor nos limitamos a transcribir el mecanismos de evaluación en el ámbito económico y en el ámbito técnico.

**Art. 64** *Solvencia económica y financiera.*—1. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

**Art. 65.** *Solvencia técnica en los contratos de obras.*-- En los contratos de obras, la solvencia técnica del empresario podrá ser acreditada por uno o varios de los medios siguientes:

a) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para obras más importantes; estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen termino; en su casi, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

grandes cantidades y no con la frecuencia deseada, lo que tiende a producir una discriminación tal vez indeseada en contra de las PYMES<sup>164</sup>.

En efecto, como hemos visto, el agente económico que interactúa con el estado, debe asegurarse un tiempo razonable para la realización de la transacción ya que el costo de oportunidad del mismo de desarrollar otra transacción en el mercado con un agente distintos de las administraciones órganos públicos se presenta muy elevado. De ahí que compartamos las expresiones de BULLINGER<sup>165</sup>, cuando señala que en todos los países con una economía de mercado la competencia económica ha convertido al tiempo en el factor más importante de la competitividad, agregando el citado autor que en los tiempos modernos las ventajas competitivas de los agentes del mercado se encuentran en el grado de reacción con que los mismos pueden responder a las veloces transformaciones que experimentan los procesos productivos.

Los órganos públicos, a través de sus actuaciones unilaterales pueden crear barreras a la entrada que pueden ser difícilmente sorteables por las PYMES.

Una de las primeras barreras que puede crear las administraciones y órganos públicos es al fijar el objeto del contrato. En efecto, los órganos públicos cuentan con amplias facultades discrecionales para establecer el objeto del contrato, pudiendo licitar un solo contrato, o varios, dividiendo el objeto del mismo, lo que nos lleva a analizar el objeto del contrato.

---

<sup>164</sup> Cfr. HENRI MORAND, Pierre. "SMEs and Public Procurement Policy", en Review of Economic Design N° 8, 2003, p.301.

<sup>165</sup> BULLINGER, Martín: "Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)" en REDA N° 69, enero 1991, p. 5.

Otro tema que forzosamente debemos abordar al analizar el denominado mercado de la contratación pública, son los productos (bienes o servicios) que son transados en los denominados mercados de la contratación pública o lo que es lo mismo, el objeto del contrato, usando la terminología del artículo 74 de la LCSP.

La LCSP, en el artículo 74<sup>166</sup> otorga la posibilidad a los órganos públicos, de dividir el objeto del contrato, en la medida que el fraccionamiento no tenga como finalidad, la de eludir las normas de publicidad que se establecen como preceptivas en el ámbito de los procedimientos de selección de contratistas, o bien que dicha división se haga con el objeto de evitar la aplicación de un determinado criterio de adjudicación.

La redacción de la norma, nos lleva a la conclusión de que, sí sólo se prohíbe el fraccionamiento en aquellos casos que importa una vulneración de los principios que rigen el procedimiento administrativo de selección de contratistas, el fraccionamiento del objeto del contrato, cuando se persiguen otros objetivos, se enmarca dentro del principio de legalidad que debe guiar las actuaciones de los órganos públicos.

Lo recién expuesto, nos lleva a preguntarnos ¿qué objetivos pueden tener en vista los poderes adjudicadores para dividir el objeto del contrato o por el contrario mantenerlo unido? Dicha respuesta, no es otra que la eficiencia económica. Es precisamente la eficiencia, entendida esta como la obtención del mejor rendimiento de los fondos públicos que son invertidos en la contratación de bienes y servicios.

---

<sup>166</sup> Art. 74. *Objeto del contrato.*—2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

De esta manera si, el poder adjudicador decide maximizar la eficiencia económica, en términos de obtener el mayor rendimiento a los fondos públicos --lo que no siempre es compatible con la oferta económica más favorable-- deberá mantener el contrato unido en los supuestos que el objeto del contrato recaiga sobre bienes o servicios que sean de naturaleza complementaria y cuando el número estimado de oferentes que revistan la calidad de interesados en el procedimiento.

Veamos los fundamentos económicos que subyacen en los casos recién mencionados.

**5.4.1. La necesaria indivisibilidad del objeto del contrato, cuando el objeto del contrato, recaiga sobre bienes o servicios que sean de naturaleza complementaria.**

La complementariedad existente entre diferentes partes del bien o servicio que se trate, pudiera aconsejar que el objeto del mismo sea definido de manera unitaria, lo que de paso, determina indirectamente la clase de oferentes que pueden participar en el procedimiento administrativo. En efecto, tal como veremos con mayor detalle más abajo, en la medida que el objeto de un determinado contrato se mantenga unido, sobre todo, en aquellos de grandes obras de infraestructura, dado que existen potenciales sinergias<sup>167</sup> que puedan ser alcanzados por parte de las administraciones y órganos públicos, lo que conlleva una optimización de los fondos públicos invertidos, sólo unos pocos oferentes podrán participar como interesados en los procedimientos de selección de contratistas, lo que redundará en el corto plazo en ganancias de eficiencia, pero en el mediano y largo plazo, en

---

<sup>167</sup> Nos estamos refiriendo a las economías de escala o ámbito que puedan ser explotadas.

pérdidas de la misma, dada que la indivisibilidad del objeto, provocará estructuras de mercados de naturaleza oligopolística.

Otra justificación económica que se encuentra subyacente en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, para mantener el objeto del contrato unido, está representado por la existencia de economías de escala o ámbito. La existencia de tales economías, incide a la vez en el comportamiento de los interesados en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, ya que las ofertas que éstos presentan serán más o menos agresivas, dependiendo de si el objeto del contrato es dividido o es mantenido en forma unitaria. En efecto, en el primer caso, puede que no sea rentable la ejecución de los contratos en forma separada, lo que llevará a los licitantes a participar en todos aquellos lotes en que se divida el objeto del contrato. La conducta esperada en estas circunstancias es que las ofertas realizadas sean muy agresivas en términos de que: (i) estarán muy cercanas a los costos que importan el cumplimiento de los contratos con el objeto de resultar adjudicatario en el procedimiento administrativo especial de que se trate; (ii) o bien pueden desplegarse estrategias de presentar ofertas por debajo de los costos de cumplimiento del contrato y otras por sobre los mismos, de manera tal que la expectativa de asignación conjunta compensen la pérdidas o ganancias limitadas que se producirán en aquellos casos que la oferta fue realizada en forma más agresiva. Como podrá comprender el lector, éstas estrategias, sólo pueden ser desplegadas por los interesados que tienen un gran tamaño en el mercado relevante de que se trate, dado que como hemos visto, son ellos los que pueden prorratar los costes que demandan los procedimientos administrativos de selección de contratistas entre los distintos lotes y procedimientos en que participan.

Finalmente la escasa participación de interesados en el procedimiento administrativo de selección de contratistas o un número reducido de los mismos --lo que puede ser un reflejo de la estructura del mercado relevante de que se trate--, también justifica la mantención unitaria del objeto del contrato. En efecto, la estructura del mercado en la cuál participan las administraciones y órganos públicos, puede presentarse como muy concentrada, lo que aconseja mantener el objeto unido y no dividirlo en lotes con el objeto de generar un mayor grado de competencia entre los escasos oferentes, lo que se debiera traducir en una rebaja del precio del contrato, sacrificando no obstante la eficiencia asignativa.

#### **6.- Conclusiones del Capítulo IV.**

Conforme con lo expuesto en los capítulos anteriores obtenemos las siguientes conclusiones provisionales nuestra hipótesis de trabajo:

- ✓ Los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas, trasladan al procedimiento administrativo las estructuras de mercado, siendo la única diferencia no relevante, la forma especial de formación del precio.
- ✓ Dado lo anterior, las fallas de mercados que se produzcan en el mercado relevante en que las administraciones y órganos públicos participan por el lado de la demanda, incidirán en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, cuestión que deberá ser tenida en especial consideración por los encargados de diseñar los pliegos generales, especiales y técnicos, de manea de introducir los necesarios incentivos para corregir dichas imperfecciones y hacer eficientes los procedimientos de compras públicas.

- ✓ Los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas al trasladar las estructuras de mercado al procedimiento administrativo, hacen pertinente la utilización del análisis económico de los mismo, sobre todo si se tiene en consideración que administración dado el deber de buena administración que debe regir en sus actuaciones, se encuentra vinculada por deberes de eficiencia.
- ✓ La actuación por parte de la administración y órganos públicos en un determinado mercado relevante, , sino que por el contrario, las compras que las administraciones y órganos públicos canalizan a través de los procedimientos de selección de contratistas, son una transacción más del mercado relevante, lo cuál no impide analizar dicha demanda individualmente considerada bajo el prisma del análisis económico.
- ✓ No obstante encontrarse las administraciones y órganos públicos vinculadas por el principio de eficiencia que informa el deber de buena administración en la práctica ellas no son eficientes en los proceso de compra por encontrarse la demanda pública atomizada, existir asimetrías de información.
- ✓ Las administraciones y órganos públicos encuentran en la LCSP una valiosa herramienta para optimizar los fondos públicos, ya que a través de la elaboración de pliegos generales y particulares, en los cuáles se reflejen correctamente los incentivos de los agentes económicos, se podrán lograr compras más eficientes.



