

Guatemala, 13 de septiembre de 2016

Derecho de la Competencia: Instrumento para solución de problemas actuales –corrupción en procesos de contratación pública.

En algún momento puede volverse complicado escribir un artículo decente, sin correr el riesgo de volverse aburrido, sobre todo si se trata de un tema que haya sido ampliamente abordado en sus aspectos más importantes. Tal es el caso del estatus de la aprobación de la Ley de Competencia y la correspondiente Iniciativa 5074, que ha sido criticada hasta la saciedad, positiva y negativamente, por lo que no agregaré nada más en ese sentido. Sin embargo, no quiere decir que no hayan otros aspectos relevantes que mencionar sobre la referida Ley, y que podrían estar pasando desapercibidos. Vale la pena continuar con el análisis, pero enfocándonos en esos aspectos que aun no han sido abordados.

Hace poco más de un meses en un artículo previo, luego de la presentación de la iniciativa de Ley de Competencia al Legislativo por parte del Ministerio de Economía, mencionamos que pocos sucesos relevantes habían acontecido, algunos eventos académicos y artículos de opinión y de contenido académico en medios escritos. De esa forma, también el Instituto de Derecho de la Competencia coorganizó y participó activamente en dos importantes foros sobre competencia económica, organizados por la Cámara Oficial Española de Comercio, la Cámara Guatemalteco Alemana de Comercio y la Fundación Konrad Adenauer.

Gracias al esfuerzo conjunto y a la valiosa red de amigos del Derecho de la Competencia, que hemos construido durante nueve años, logramos la participación del Dr. José María Marín Quemada (Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados de España) y de nuestro querido amigo –de la verdadera República cafetera- Juan David Gutiérrez, quien compartió su conocimiento, experiencias, casos y valiosísimas recomendaciones. Conocimos a Juan David por el hecho de habernos invitado a participar como autores en el blog LaLibreCompetencia.com, nunca imaginamos tener el gusto de conocerlo en persona, o inclusive, tenerlo como invitado en Guatemala para un evento importante, sin embargo, todo eso se hizo y terminamos ganando una excelente amistad.

Luego, por invitación de la Comisión de Economía y Comercio Exterior del Congreso de la República, el IDV estuvo representado en el proceso de audiencias públicas que se realizó el pasado tres de agosto, en el que entregó su propuesta técnica sobre la Iniciativa de Ley de Competencia No. 5074. Es difícil pronosticar cómo saldrá aprobada la versión final de dicha Ley, no queda más que esperar y seguir generando información, análisis, críticas y debate constructivos.

Haber logrado ese espacio de invitación para el IDC, fue un éxito en si mismo, más allá de lo que suceda después y de lo que decida hacer el Congreso de la República con la retroalimentación obtenida. ¿Por qué? Mucho antes de la creación del IDC, habíamos comenzado a trabajar dentro de nuestra práctica profesional como Despacho independiente, en investigación sobre economía, competencia económica, creación de contactos fuera de Guatemala e impartición de pequeños talleres. Todo esto ocurría desde los primeros meses de 2007, de forma muy cercana con las autoridades del Ministerio de Economía de aquel entonces¹, Cámaras empresariales y los esfuerzos incipientes desde nuestra propia parte. Vimos la oportunidad de ser pioneros en una rama del derecho diferente, cual innovadores disruptivos.

Rápidamente supimos que si deseábamos abrir brecha en un mercado inexplorado, habría que trabajar muy duro, y lo hicimos con la mirada puesta en lo que sucedió el pasado tres de agosto² y en el contexto político complejo que actualmente se está dando. Al mirar hacia atrás, dimensionamos el camino recorrido y nos sentimos muy contentos de haber llegado hasta acá, aunque sea solo una pequeña etapa del proceso. Hemos sido testigos en primera fila y protagonistas, de casi todo lo que ha sucedido sobre esta temática.

Nos surgió la inquietud de crear una institución académica dedicada por completo al estudio, difusión, discusión, etc., del Derecho de la Competencia en todas sus manifestaciones, que se destaque de cualquier otra que existiese hasta el momento. Fue

¹ Director de Promoción de la Competencia, Ministerio de Economía. A finales de 2006 y principios del año 2007, se había generado el contacto entre el Lic. Edgar Reyes –QEPD-, y nosotros, Marcos Palma y Luis Pablo Cobar, con quien se había establecido una dinámica de trabajo muy positiva que continuó hasta su fallecimiento -2012-.

² El pasado tres de agosto, el Ministerio de Economía presentó ante el Congreso de la República, la malograda iniciativa de Ley No. 5074 “Ley de Competencia”. Desde luego, nuestra intención fue incidir en forma directa o indirecta, y de la mejor manera posible en el proceso de aprobación de la referida ley. Por ello es que consideramos esa fecha como importante.

así, que a principios del año 2015 decidimos llevar a cabo el plan y fundamos el Instituto de Derecho de la Competencia. Ahora, estamos trabajando para celebrar el ingreso de nuevos miembros con ideas frescas, que se sumen al esfuerzo y compartan nuestra pasión por el Derecho de la Competencia.

Recientemente tuvimos la participación de Juan David, quien nos hizo dos recomendaciones puntuales: (i) superar la discusión sobre el contenido de la Ley de competencia; y, (ii) hacer que las autoridades y toda persona en general, entienda la ley de competencia, como un instrumento más para resolver algunos de los principales problemas que aquejan al país.

Es evidente la preocupación general actual respecto de la corrupción en las instituciones públicas, y bien sabidas son las fallas en los procesos de contratación pública a todo nivel, Ministerios del Ejecutivo, Congreso de la República, Organismo Judicial, municipalidades, instituciones autónomas, etc. Los casos de colusión mas sensitivos sobre procesos de licitación pública podrían referirse a: compra de medicamentos (IGSS y Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social); carreteras e infraestructura (Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda); y productos y servicios de diversa índole en las municipalidades y otras entidades. Algunos de estos casos han costado inclusive la pérdida de vidas humanas y contaminación de recursos naturales. Nadie se está enfocando en cómo resolver el problema y el marco jurídico actual tampoco parece ofrecer ninguna solución a corto, mediano y largo plazo. Me refiero al Derecho de la Competencia como instrumento para combatir la corrupción en los procesos de contratación pública!

En busca de mayor claridad al respecto, hemos tomado en consideración el camino recorrido por México en el combate a la colusión en los procesos de contratación pública. Durante el Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, que se realizó en abril de éste año en la Ciudad de México, representantes de la COFECCE mencionaron sus avances en esa lucha, así como aspectos de modernización que han desarrollado. México implementó una serie de cambios a raíz de las recomendaciones de la OCDE, que incluyeron la evaluación profunda de leyes y prácticas de contratación pública a todo nivel en el gobierno, así como reducción del riesgo de manipulación mediante el diseño efectivo de licitaciones y detección de prácticas colusorias durante los procesos de licitación.

Las recomendaciones pasan por la implementación de seis grandes lineamientos: Conocer los mercados; maximizar el número de licitantes genuinos; utilizar requisitos claros y evitar la previsibilidad; reducir la comunicación entre oferentes; establecer criterios claros para la adjudicación de contratos; y, capacitar al personal sobre los riesgos de la manipulación de las licitaciones. Si el personal no comprende la importancia de su buen trabajo, todo el esfuerzo realizado sería prácticamente como tirar los recursos a la basura.

En Guatemala, debe revisarse el marco legal de contratación pública, contenido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (Decreto No. 57-92), así como el nuevo Reglamento contenido en el Acuerdo Gubernativo No. 122-2016. La última modificación a la Ley de Contrataciones del Estado, mediante el Decreto No. 9-2015, no aporta nada significativo en términos de prevención y erradicación de licitaciones colusorias, más que la imposición de una multa máxima de Q.25,000.00 (equivalente a USD.3,250.00), lo cual es ridículo si se toman en cuenta los beneficios económicos que pueden generar los oferentes tramposos. Por eso, hace sentido criminalizar al menos las prácticas de colusión en procesos de contratación pública, porque además del efecto restrictivo a la competencia, también se comete defraudación contra los intereses económicos del Estado.

Los precios afectados por la colusión pueden ser muy perjudiciales para una institución pública y para la economía en general. Según datos de seis estudios económicos realizados en mercados mexicanos³, la presencia de carteles y de acuerdos colusorios pueden aumentar los precios de determinados productos, incluso por encima del 30% de su valor real. Es decir, si las instituciones públicas son víctimas de acuerdos colusorios para cualquier producto o servicio que licitan, podrían estar pagando un tercio más de lo que deberían. Para tener una mediana idea de la cantidad de recursos malgastados, habría que calcular desde cuándo se vienen dando estas prácticas, contabilizando los efectos del sobreprecio a lo largo del tiempo. ¿Cuánto se podría hacer con todos esos recursos desperdiciados? Por eso, la competencia es más que conceptos económicos etéreos y terminología sofisticada.

Abramos los ojos, interesémonos por lo que se está haciendo con la aprobación de la Ley de Competencia, porque esto va mucho más allá de un grupo de abogados y economistas oportunistas –como se ha dicho-, o de algunos sectores económicos que buscan perpetuar

³ Combate a la colusión en los procesos de contratación pública en México. CFE- OCDE 2015

sus privilegios a costa de nuestro bolsillo; va más allá de la mediocridad o falta de compromiso de algunos funcionarios públicos, académicos y empresarios. Esto tiene que ver con salvar vidas y evitar desastres, así de claro. Tenemos la obligación de observar qué está pasando y exigir que las cosas se trabajen bien.

El Derecho de la Competencia es amplio y tiene relación con muchos aspectos de nuestro trabajo y vida diaria, y bien podría ser parte de la solución que muchos ahora buscan para resolver los principales problemas actuales del Estado. La Ley de Competencia puede ser esa solución, siempre que estemos dispuestos a darle una oportunidad y nos quitemos el velo ideológico de los ojos, de la mente y de los labios. Llegó el momento de competir y destacar por capacidad y creatividad.

Siempre hemos utilizado al fútbol como analogía para explicar el proceso de competencia económica y el rol de la autoridad de competencia en los mercados, lo cual siempre funciona maravillosamente para captar la atención del público. Solemos utilizar fotografías del célebre árbitro retirado Pierluigi Collina -como ejemplo de la rigurosidad que debe tener toda autoridad de competencia-, semblante bravo, con los ojos a punto de salir de sus órbitas, haciendo gestos y mostrando tarjetas a diestra y siniestra.

Aprovecho la analogía para concluir el artículo, comentando un poco de fútbol, el deporte más hermoso del mundo como lo describe Luis Omar Tapia en cada puntapié inicial de los partidos que narra, me hace recordar a Eduardo Galeano⁴. En su libro *“El Fútbol a Sol y Sombra”*, describe de forma magistral, poética y atrevida, las particularidades de ese deporte, y al referirse al lenguaje de los doctores del fútbol dice así: *Ya lo decíamos el domingo próximo pasado y así lo afirmamos hoy, con la frente alta y sin pelos en la lengua, porque siempre hemos llamado al pan pan y al vino vino y continuaremos denunciando la verdad, aunque a muchos les duela, caiga quien caiga y cueste lo que cueste...*

Atentamente,

Instituto de Derecho de la Competencia

⁴ Escritor nacido en Montevideo Uruguay en 1940, autor de varios libros, traducidos a más de veinte lengua y de profusa labor periodística. Entre sus obras principales: Las venas abiertas de América Latina, Vagamundo, La canción de nosotros, El libro de los abrazos, entre otros.