



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

## Informe No 15/015

Montevideo, 12 de marzo de 2015

### ASUNTO N° 17/2014: ESTUDIO SOBRE NORMATIVA EN COMPRAS PÚBLICAS

#### 1. ANTECEDENTES

Por Resolución N° 93 del 14 de octubre de 2014 la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (en adelante “la Comisión”) resolvió disponer el estudio del artículo 33 literal C numeral 1 del TOCAF, conforme sugiriera el suscripto por Informe N° 92/014 ante la preocupación de que esta norma estuviese afectando la libre competencia dentro del mercado.

Es de destacar que durante el proceso de elaboración del presente informe funcionarios de esta Comisión, entre ellos el suscripto, han mantenido reuniones con técnicos del Tribunal de Cuentas, intercambiando opiniones sobre el asunto que nos convoca y coincidiendo en la necesidad de destinar los esfuerzos de ambas organizaciones al estudio de la normativa propuesta.

En virtud de ello se analizará el régimen de contratación pública, poniendo especial énfasis en la relación del artículo de referencia con la normativa de Promoción y Defensa de la Competencia.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

## 2. ANÁLISIS

### I) COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Conforme preceptúa la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia, la Comisión es el órgano competente para investigar, analizar y sancionar a quienes dentro del territorio nacional cometieren prácticas anticompetitivas.

Al no efectuar la norma distinción de tipo alguno esta competencia se extiende al ámbito de la contratación pública, solución que fuera adoptada por este organismo en reiteradas oportunidades y avalada por el Sr. Ministro de Economía y Finanzas en la reciente Resolución N° 13163 del 2 de setiembre de 2014.

Adicionalmente merece destacar el artículo 26 literal F de la Ley, disposición que confiere a la Comisión la facultad de emitir recomendaciones no vinculantes relativas al tratamiento, protección, regulación, restricción y promoción de la competencia, tanto en relación a leyes como a proyectos que aún no se encuentren vigentes.

En virtud de lo expuesto el suscripto concluye que esta Comisión es competente para analizar el artículo 33 literal C numeral 1 del TOCAF a los efectos de emitir las recomendaciones que se entendiesen pertinentes.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

## II) INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DE COMPRAS ESTATALES

Las personas jurídicas pueden clasificarse de diversas maneras. Una de estas clasificaciones distingue entre personas estatales y no estatales, dependiendo de si conforman o no parte de la organización estatal.<sup>1</sup>

Si bien el concepto “Estado” ha sido definido en diversos sentidos, de una interpretación armónica y contextual de nuestra Constitución podemos concluir que se encuentra constituido por los tres Poderes de Gobierno (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), los órganos de creación constitucional (Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Tribunal de lo Contencioso Administrativo), las administraciones descentralizadas por territorios y servicios, y todo órgano o persona jurídica que así haya sido considerada expresamente. Es de destacar que el Estado como tal se encuentra subordinado a las normas de Derecho Público.

Pero el Estado también puede participar en entidades reguladas por el Derecho Privado, tal como surge de los incisos 3 y 4 del artículo 188 de la Constitución. De este modo el Estado se ha vuelto propietario de diversas sociedades comerciales, incluso en algunos casos del cien por ciento del paquete accionario. Estas empresas han sido denominadas “sociedades de economía mixta de Derecho Privado” o “entidades privadas estatales.”<sup>2</sup>

Una segunda calificación permite distinguir a las personas jurídicas en función del régimen jurídico al cual se encuentran sometidas, pudiendo hablarse de personas “públicas” y

---

<sup>1</sup> Mariano Brito - Carlos Delpiazzo. “Derecho Administrativo de la regulación económica”. Universidad de Montevideo. 1998. Pág. 53.

<sup>2</sup> Mariano Brito - Carlos Delpiazzo. Ob. cit. Pág. 59



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

“privadas”.<sup>3</sup> Aquellos que están alcanzados por el Derecho Público, ya sean estatales o particulares (personas públicas no estatales) se considerarán personas públicas, mientras que quienes se regulen por el Derecho Privado, aún siendo estatales (empresas privadas estatales) serán privados.

La circunstancia de que una entidad sea o no estatal tiene trascendencia, no sólo desde el punto de vista orgánico y normativo, sino también desde los valores y principios generales aplicables.

Así mientras los particulares están alcanzados por el principio de libertad, pudiendo realizar todo aquello que no tienen prohibido expresamente por ley, el Estado se encuentra sometido al principio inverso, pudiendo realizar sólo aquello para lo cual ha sido creado (principio de especialidad), conforme a las atribuciones, poderes y potestades que le fueron expresamente conferidas, y siempre actuando de conformidad a las reglas de buena administración y transparencia.

Dentro de este contexto nació el “Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado” (en adelante “TOCAF”), cuerpo orgánico que recoge un conjunto de normas de rango legal cuya finalidad (entre otras) ha sido la de regular el uso de los recursos públicos a través de la legislación del régimen de compras estatales.

El artículo 149 del TOCAF enumera los principios generales de actuación y contralor en materia de Contabilidad y Administración Financiera, siendo estos los siguientes:

A) Flexibilidad;

---

<sup>3</sup> Mariano Brito - Carlos Delpiazzo. Ob. cit. Pág. 53



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

- B) Publicidad, igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas;
- C) Razonabilidad;
- D) Delegación;
- E) Ausencia de ritualismo;
- F) Materialidad frente al formalismo;
- G) Veracidad salvo prueba en contrario;
- H) Transparencia;
- I) Buena fe.

Pero fuera del elenco citado, de la lectura del articulado del TOCAF se desprenden otros principios, entre ellos el recogido en su artículo 33, norma que motivara la realización del presente informe.

La disposición citada, piedra angular de las contrataciones del Estado, establece como regla que las contrataciones se realizarán previa licitación pública “u otro procedimiento competitivo expresamente previsto”. Y luego enuncia un significativo y creciente número de excepciones, situación que motivó el cuestionamiento de si en los hechos la licitación pública (y los demás procedimientos competitivos) continúan siendo la regla o devinieron en excepción.

De la Memoria Anual 2012 del Tribunal de Cuentas<sup>4</sup> es posible conocer que durante el año 2012 las licitaciones públicas convocadas por organismos del Estado y tramitadas durante

---

<sup>4</sup> <http://www.tcr.gub.uy/documentos/memoria%20anual%202012.pdf>



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY

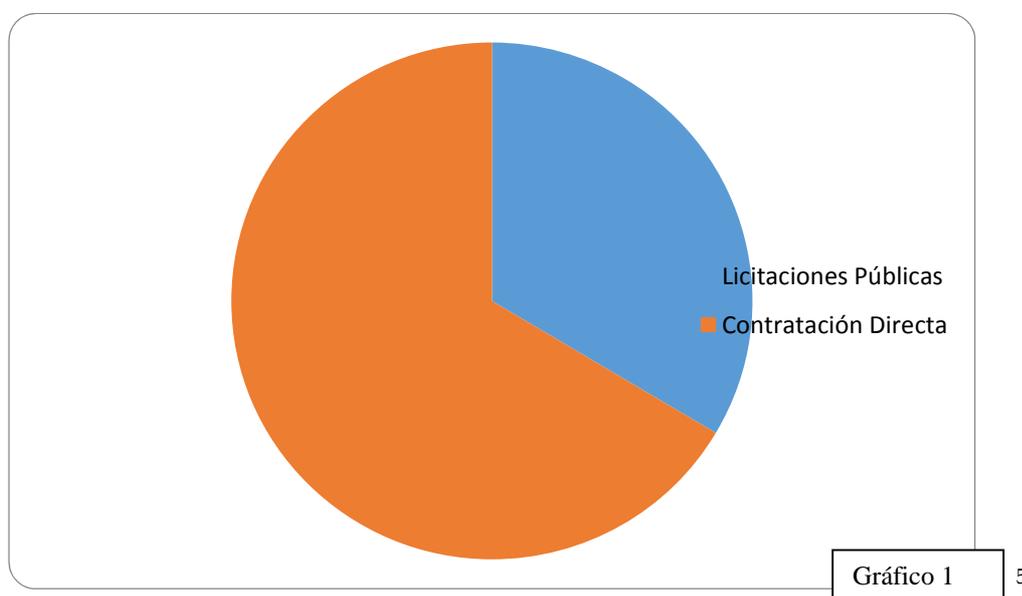


Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

dicho ejercicio ascendieron a \$12.165.124.860 y U\$S 152.472.600, mientras que las contrataciones directas por excepción (artículo 33 numeral 3 del TOCAF) a \$9.168.586.452 y U\$S 1.037.909.665.



### III) PROCEDIMIENTOS COMPETITIVOS Y CONTRATACIÓN DIRECTA

Recientes modificaciones al TOCAF (especialmente al encabezado del artículo 33) ubican a la licitación pública como uno de los tantos procedimientos competitivos a los que puede acudir la Administración para seleccionar a sus cocontratantes.<sup>6</sup> Previo a estas reformas

<sup>5</sup> Advertencia: Para convertir a pesos las sumas expresadas en dólares se multiplicó el monto total en dólares por el promedio del tipo de cambio dólar interbancario billete venta del año 2012 (dólar diario \$20,31). Esto genera un margen de error a considerar, puesto que para que la conversión sea exacta sería necesario contar con montos en dólares discriminados diariamente en función a cada licitación.

<sup>6</sup> “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente.”



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

legislativas la licitación pública se posicionaba como el único procedimiento previsto como regla general.<sup>7</sup>

Este cambio de criterios motivó la advertencia del Presidente del Tribunal de Cuentas, Dr. Siegbert Rippe, quien declaró públicamente que se “*deja de priorizar la licitación pública... que queda en este momento como una solución residual... hoy, la licitación pública queda proyectada como absolutamente secundarizada.*”<sup>8</sup>

Si bien esta visión no ha sido compartida por todos<sup>9</sup>, estamos frente a una situación que no deja de preocupar.

No nos corresponde a nosotros (al menos no en esta oportunidad) valorar el nuevo giro que da inicio al artículo 33. Sin perjuicio de ello sí deseamos destacar nuestra coincidencia con

---

<sup>7</sup> La redacción anterior establecía: “*Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos.*”

<sup>8</sup> Comisión de Presupuestos integrada con la de Hacienda. Acta N° 52. 4/08/2011. Disponible en: <http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/Acta%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20de%20Presupuestos%20de%20Representantes%20del%204%20de%20agosto%20de%202011%20con%20el%20Tribunal%20de%20Cuentas.pdf>

<sup>9</sup> Según el Cr. Alberto Sayagués Areco “*La modificación se limita a reconocer la realidad. El principio general no son los llamados a licitación pública. La ley lo establece como procedimiento principal que no es lo mismo. Los principios generales son y seguirán siendo los que establece el art. 131 del TOCAF...*” (Semanario “Búsqueda”. 30 de agosto de 2011). “*La objeción del Tribunal de Cuentas es más bien de redacción ya que la licitación pública no es el procedimiento típico utilizado. La redacción actual es irreal (es de origen histórico, viene de la Ley de 31 de diciembre de 1935) ya que anualmente se realizan unas 900 licitaciones públicas y decenas de miles de otros procedimientos, llegando a centenas de miles si se incluyen las compras directas de menor cuantía.*”

(Disponibles en:

<http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/B%C3%BAsqueda%20Carta%2030%20de%20agosto%20de%202011.pdf>

<http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/AN%C3%81LISIS%20INFORME%20Tribunal%20de%20Cuentas%20de%2015%20agosto%202011.pdf>).



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

lo señalado por el Dr. Rippe en cuanto a que en términos generales la licitación pública es el procedimiento que “...*aporta mayores garantías al régimen de contratación pública...*”<sup>10</sup>

Naturalmente con ello no pretendemos excluir otras formas de contratación; todo dependerá de las circunstancias y necesidades de cada caso concreto.

Los regímenes competitivos de contratación, muy especialmente la licitación pública, responden a diversos principios generales, varios de ellos recogidos en el artículo 149 del TOCAF:

- **Concurrencia:** la licitación pública se caracteriza por ser un proceso en el que compiten una pluralidad de oferentes. Ello garantiza que la Administración cuente con mayor información sobre cada oferta, permitiéndole comparar, obtener productos y servicios de mejor calidad, y también menores precios. Por otra parte cada uno de los oferentes, motivado en resultar adjudicatario, procurará mejorar sus condiciones de contratación. Para que el proceso logre estos efectos la competencia debe ser real y no simulada, atrayendo a la mayor cantidad de ofertantes posibles.
- **Publicidad:** El régimen de licitación pública se cimienta sobre una efectiva publicidad. Para que exista una real concurrencia será necesario que previamente se convoque a la mayor cantidad de interesados posibles, tarea para la cual será crucial una efectiva y pronta difusión del procedimiento de contratación y de sus condiciones.

---

<sup>10</sup> Nota dirigida al Parlamento y firmada por su Presidente Dr. Siegbert Rippe el 15 de agosto de 2011 <http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/Informe%20del%20Tribunal%20de%20Cuentas%20de%2015%20de%20agosto%20de%202011.pdf>



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

- Igualdad entre oferentes: Todos los oferentes deben competir en pie de igualdad, siendo esta la única forma de lograr una efectiva competencia. A modo de ejemplo podemos citar el artículo 49 del TOCAF, disposición que establece: *“La comprobación de que en un llamado a licitación se hubieren formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible para determinada persona o entidad, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a su anulación inmediata en el estado de trámite que se encuentre, y a la iniciación, también inmediata, del sumario pertinente para determinar los responsables.”*
- Flexibilidad, ausencia de ritualismo y materialidad a favor del administrado: Si bien se trata de principios diversos, conjuntamente apuntan a la desburocratización del proceso competitivo, situando al interés público por encima de la rigidez y el formalismo. La observancia de estos principios bajo ningún concepto justificará el apartamiento o incumplimiento de los pliegos y reglamentaciones.
- Transparencia: La contratación pública siempre debe estar orientada a satisfacer las necesidades de la Administración a los efectos de garantizar el interés general y el bienestar de la colectividad.

Los principios recién transcriptos coinciden con los preceptos y espíritu de la Ley N° 18.159, norma que a través del estímulo de la competencia busca proteger y beneficiar a los consumidores y usuarios.

A pesar de ello el artículo 33 del TOCAF continúa siendo objeto de reformas, ampliándose año a año el elenco de excepciones al régimen competitivo de contratación.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

Esta situación parecería ir a contramano de lo que sucede en otros países. Así es posible destacar diversas resoluciones dictadas en territorio de la actual Unión Europea, donde al amparo de normas comunitarias el Tribunal de Justicia falló contra Estados que abusaron de la adjudicación directa:

*“Procede observar que la Directiva 71/305 trata de facilitar la realización efectiva en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras. La Directiva establece a este efecto normas comunes, especialmente en materia de publicidad y de participación, de forma que los contratos públicos de obras en los distintos Estados miembros sean accesibles a todos los empresarios de la Comunidad...”*

(Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 1987. Asunto 199/85. Los destacados son nuestros).

*“La Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971... ha coordinado los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras...con arreglo a los siguientes principios: prohibición de especificaciones técnicas que tengan efecto discriminatorio, publicidad suficiente de los contratos y elaboración de criterios objetivos de participación.”*

(Informe para la vista presentado en Asunto 199/85).

*“El Título III de la Directiva establece, entre otras medidas, una publicidad adecuada de los anuncios de licitación que ofrezca a todos los contratistas interesados de la Comunidad la posibilidad de ser informados sobre la licitación y, en su caso, de participar en ella.”*

(Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1992. Asunto C-24/91).

Si bien es cierto que a través de Directivas la normativa comunitaria admitió una serie de excepciones (de similar modo a lo que en Uruguay acontece con el artículo 33 del TOCAF), el Tribunal de Justicia ha sido sumamente crítico con la legislación interna de cada país,



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

fijando rígidos criterios de interpretación y negando expresamente la posibilidad de que se amplíen las excepciones:

*“Estas disposiciones, que establecen excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción que incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas.” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 1987. Asunto 199/85).*

*“La Comisión estima que diferentes disposiciones de la normativa española que autorizan la contratación directa...infringen el artículo 9 de la Directiva 71/305 y el artículo 6 de la Directiva 77/62, respectivamente, puesto que los casos a que se refieren las mismas no corresponden, o no corresponden exactamente, a los recogidos en las citadas disposiciones de las dos Directivas. Hay que destacar, con carácter previo, que las disposiciones del artículo 9 de la Directiva 71/305 y del artículo 6 de la Directiva 77/62, que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obra y de suministro, deben ser interpretadas estrictamente... Por idénticos motivos, las disposiciones que precisan en qué casos cabe la contratación directa deben considerarse exhaustivas.”*

*“Por consiguiente, el hecho de prever que otras leyes puedan introducir otras excepciones puede crear una situación jurídica ambigua que impida a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma inequívoca.” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1993. C-71/92).<sup>11</sup>*

Naturalmente se trata de una experiencia comunitaria, y por lo tanto de un régimen jurídico sustancialmente distinto al nuestro, lo cual tampoco obsta que sea una experiencia a tomar como ejemplo.

<sup>11</sup> Fallos disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

#### IV) LA CONTRATACIÓN DIRECTA

Según la Organización Mundial del Comercio la inversión en contratación pública representa entre el 10 y 15% del PIB de la economía de los países.<sup>12</sup>

De este modo la contratación pública se presenta como un asunto de especial importancia tanto desde el punto de vista económico, jurídico, académico y político, como también para la promoción y defensa de la competencia.

*“Una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos: generar crecimiento sostenido a largo plazo, crear empleo, favorecer el desarrollo de empresas capaces de explotar las posibilidades ofrecidas por el mayor mercado integrado del mundo y de afrontar eficazmente la competitividad en los mercados globales y permitir que el contribuyente y los usuarios obtengan servicios públicos de mejor calidad a menor costo... En vista de este volumen de gasto, la utilización de sistemas de compras eficaces puede acarrear un ahorro importante tanto a las autoridades públicas como a los contribuyentes... Una política mas abierta de la contratación pública implica además otras muchas ventajas, quizás menos evidentes. En efecto, los procedimientos de contratación justos, transparentes y no discriminatorios, así como la posibilidad de que los contratistas puedan defender sus derechos ante los tribunales nacionales, reducen el riesgo de fraude y corrupción en las administraciones.”<sup>13</sup>*

Naturalmente, y más allá del significativo consenso en cuanto a su importancia, la elección del régimen legal aplicable varía en función de cada país.

---

<sup>12</sup> Ver [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gproc\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm)

<sup>13</sup> “Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Señor Monti.” Pág. 1. 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)



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

Sayagués Laso afirmaba hace más de medio siglo: *“En principio, la norma general aplicable tanto en nuestro país como en la mayoría –si no en la totalidad- de los países extranjeros, es que la Administración tiene amplias facultades para la celebración de los actos y contratos que juzgue necesarios para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos a su cargo, pudiendo elegir libremente la persona con la cual desea vincularse... Del principio establecido derivan importantes consecuencias, que constituyen segura guía en la interpretación de las disposiciones legales pertinentes: a) En un caso dado, no existiendo disposición expresa que imponga el llamado a licitación, hay que reconocer a la Administración facultades bastantes para celebrar el contrato mediante tratativas directas... b) Los texto legales prescribiendo el llamado a licitación, en tales o cuales casos, se interpretarán en forma estricta, es decir, que no podrá limitarse la facultad de libre contratación de la Administración por simples analogías.”*<sup>14</sup>

Similares conceptos vertía en la República Argentina el tratadista Miguel Marienhoff: *“La ‘licitación’, no obstante la frecuencia con que es requerida por el ordenamiento jurídico positivo, no constituye el ‘principio’ en materia de elección del cocontratante de la Administración Pública. Tal ‘principio’ es el de la ‘libre elección’... La ‘licitación’ pues, sólo procede cuando una norma válida la exija.”*<sup>15</sup>

Sin embargo visiones divergentes comenzaron a ganar adeptos, especialmente a la luz del artículo 33 del TOCAF.

Conforme señala Carlos Delpiazzo: *“...cuando del contrato se deriva una erogación para la Administración, el art. 33 del TOCAF dispone que todo contrato se celebrará mediante el*

---

<sup>14</sup> “La licitación pública”. BdeF. 2005. Págs. 55, 57 y 58.

<sup>15</sup> “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo III-A. Segunda edición actualizada. Abeledo-Perrot. Págs. 171 y 172.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*procedimiento de la licitación pública. Quiere decir que nuestro Derecho consagra un amplio sistema de restricción. No obstante esta regla admite excepciones, como ocurre con los procedimientos alternativos de la licitación abreviada, la contratación directa, y la adquisición de algunos bienes, especialmente inmuebles.”<sup>16</sup>*

Un paso más allá va Daniel Hugo Martins, quien concibe a la licitación pública como un principio general de rango supralegal: “...la licitación pública es de principio y la Administración Pública sólo puede prescindir de la misma y aplicar otro procedimiento competitivo expresamente previsto en la ley, cuando la licitación pública sea técnica o físicamente imposible o notoriamente inconveniente. De otro modo, sería inconstitucional.”<sup>17</sup>

## **V) CONTRATACIÓN DIRECTA VS. LICITACIÓN PÚBLICA: VENTAJAS Y DESVENTAJAS**

A la licitación pública se le achaca su duración, los costos económicos que conlleva su tramitación, la falta de flexibilidad del procedimiento, la posible colusión entre oferentes, etc. Se aduce que a través de procedimientos alternativos es posible reducir el gasto público y satisfacer de mejor modo las necesidades de interés general.

---

<sup>16</sup> “Derecho Administrativo General”. Volumen 1. AMF. 1º edición junio 2011. Pág. 429.

<sup>17</sup> Cita efectuada por Pablo Balarini en “La licitación pública: ¿principio o excepción?”, “Renovación de la contratación pública”. Instituto de Derecho Administrativo. FCU. Pág. 18



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

Esta postura motivó múltiples modificaciones al TOCAF, entre ellas de su artículo 33, norma que como anticipábamos no sólo vio ampliado el elenco de excepciones sino que equiparó la licitación pública a cualquier otro procedimiento competitivo.

De este modo para la ley la licitación pública no es más el principio general: ahora lo es el procedimiento competitivo, dentro del cual la licitación es una más del género.

Todo ello por supuesto sin desconocer la importancia que en los hechos ya tenía la contratación directa (ver Cuadro N° 1), situación a la que Sayagués Areco aludía cuando calificaba de “irreal” la legislación existente en aquel entonces (ver pie de página N° 8).

El Poder Ejecutivo también advirtió su preocupación: *“Las compras estatales son importantes por su influencia en la gestión de los servicios públicos. En efecto, es a partir (de) la adecuada combinación de recursos humanos y materiales, dentro de una estructura organizacional con su cultura propia, sus procedimientos de trabajo y sus sistemas de información, que las diferentes Administraciones Públicas tienen que proveer bienes y servicios adecuados a sus usuarios, los ciudadanos de nuestro país. Y si la provisión de recursos materiales no es eficiente, es realmente difícil que el servicio público lo sea. De ahí que las carencias de los sistemas de compras estatales en su celeridad, eficiencia y transparencia repercuten pesadamente tanto en los consumidores como en los contribuyentes, que son las mismas personas, las cuales terminan pagando más por recibir menos.”*<sup>18</sup>

De allí la importancia de acudir a la compra directa: *“La característica básica de este procedimiento es la discrecionalidad en cuanto permite al organismo adquirir, contratar o arrendar directamente con un proveedor, no exigiéndose el cumplimiento de plazos para cotizar, cantidad de*

---

<sup>18</sup> Exposición de motivos del anteproyecto de Ley de Reforma del Sistema de Compras Estatales. Julio de 2010. [http://www2.comprasestatales.gub.uy/proyecto/exposicion\\_motivos.pdf](http://www2.comprasestatales.gub.uy/proyecto/exposicion_motivos.pdf)



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*ofertas a solicitar, publicaciones, garantías, ni ningún otro requisito más que la diligencia del buen administrador. Esto se hace por economía administrativa.”<sup>19</sup>*

Sin embargo, diversos agentes nacionales y extranjeros sugirieron el uso moderado de este instituto, especialmente por razones de buena administración y transparencia, proponiendo fórmulas alternativas de contratación, particularmente el uso de procesos competitivos.

Según el Tribunal de Cuentas *“debería tenerse en cuenta, que la promoción de procedimientos más ágiles, no deben suponer como contrapartida, afectar dichos principios (los de publicidad, transparencia y concurrencia); y menos aún, dejar de lado, uno de los pilares del sistema, que supone que la Administración, al momento de contratar pueda acceder al mayor y mejor número de ofertas a fin de satisfacer el interés de la administración, que en definitiva está dirigido a la obtención del bien común.”<sup>20</sup>*

Idéntica preocupación recogía el “Manual Básico de Compras Estatales”: *“Aunque pueda haber justificación para una compra directa, puede resultar más conveniente y más transparente hacer uso de un ‘concurso de precios’ adecuado a las circunstancias. Por las mismas razones no es necesario usar siempre el máximo de la compra directa. Es más, las empresas públicas más eficientes sólo usan los topes superiores en casos muy especiales ya que habitualmente piden tres precios aunque puedan comprar directamente. EL USO HABITUAL DEL TOPE DE LA COMPRA DIRECTA ES UN SINTOMA DE MALA ADMINISTRACION.”<sup>21</sup>*

<sup>19</sup> “Manual del proveedor estatal”. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Marzo de 1993. [http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/texto\\_del\\_manual\\_16.pdf](http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/texto_del_manual_16.pdf)

<sup>20</sup> “Segundo informe del Tribunal de Cuentas (de 19 de setiembre de 2011) sobre el capítulo de ‘compras estatales’ incluido en el proyecto de ley de rendición de cuentas aprobado por la Cámara de Representantes y a consideración del Senado”. Punto 4.3. Pág. 18.

<sup>21</sup> Anahí Sosa. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Febrero de 1993. [http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/texto\\_del\\_manual\\_15.pdf](http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/texto_del_manual_15.pdf)



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

En el ámbito doctrinario la preocupación es similar:

*“Intuitivamente, se podría pensar que, en los hechos, algunos principios de las contrataciones del Estado priman sobre otros. Sería esta, en ese contexto, una consecuencia de la tensión entre el complejo eficacia - eficiencia, por un lado, y el no menos importante publicidad - libre competencia - competencia - transparencia, por el otro. Alguien podría decir que la búsqueda de celeridad en la tramitación terminó forzando los principios que surgen de la reglamentación hasta hacer de la contratación directa la estrella del sistema... En la tensión entre la necesidad de mecanismos de control adecuados y el binomio eficacia - eficiencia, debe primar la imaginación y la creatividad para buscar herramientas que, sin resentir estos principios, logren los resultados deseados. Esto es lo que debe suceder para que una licitación pública repensada y versátil recupere el espacio que ha perdido en los hechos.”<sup>22</sup>*

*“No utilizamos aquí la frase ‘licitación pública’ porque ésta acarrea una indebida connotación emotiva, de pérdida de tiempo, engorrosos trámites, etc., cuando nada de eso hace a lo que estamos señalando como esencial. Hay que destacar el principio: La publicidad, la competencia, la participación del máximo posible de interesados y eventuales oferentes. Todo lo que hace a formalismos, formulismos, complicaciones, etc., no son sino distorsiones propias de la burocracia, para nada imputables al procedimiento mismo de selección competitiva y pública de ofertas.”<sup>23</sup>*

*“Lo que de nuestro máximo texto resulta, para mí, no es exactamente que la licitación pública deba ser el procedimiento de regla. Sino una serie de principios que deben ser respetados por la Administración a la hora de seleccionar a su co-contratante. Principios que pueden ser respetados*

---

<sup>22</sup> Agustín García Sanz. “Licitación pública. Contratación directa: ¿batalla perdida?” Págs. 465, 474 y 475. Publicado en “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”. Tomo 7, “El derecho administrativo en la práctica”. Agustín Gordillo. 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013 Disponible en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo25.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo25.pdf)

<sup>23</sup> Agustín Gordillo “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”. Tomo 2, “La defensa del usuario y del administrado”. Pág. 482.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*no solo a través del uso del procedimiento de licitación pública, sino también de otros. Me refiero fundamentalmente a los principios de buena administración, transparencia, concurrencia, y el de igualdad de oferentes. Principio este último que es el fundamental en ésta temática, que todo procedimiento de selección del co-contratante es primordial que tenga como norte y respete, so pena de incurrirse en nulidades. Y que debe ser considerado como derivado del principio general de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 8 de la Constitución. En fin de lo que la Constitución deriva no es que la licitación pública sea la regla, sino una serie de principios (fundamentalmente los enunciados) que deben respetarse en todo procedimiento que la legislación inferior consagre para que la Administración seleccione a su co-contratante. Con lo que, en la medida que la legislación inferior establezca procedimientos para que la Administración seleccione a su co-contratante que, aunque sean diferentes a la licitación, respeten aquellos principios constitucionales, no habría violación de la norma fundamental, no habrían inconstitucionalidades.”<sup>24</sup>*

## VI) EL ARTÍCULO 33 LITERAL C NUMERAL 1 DEL TOCAF

El artículo 33 literal C numeral 1 del TOCAF es una de las excepciones que habilita a la Administración a acudir al régimen de contratación directa.

Según la norma podrá recurrirse a esta forma de negociación (y también “al procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración”) cuando el contrato se celebre “Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por

---

<sup>24</sup> Miguel Larramendi. “Excepciones a la licitación pública consideraciones generales” en “Renovación de la contratación pública”. Instituto de Derecho Administrativo. FCU. 2013. Pág. 107.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato.”*

La norma recién transcrita ha sido fruto de la evolución legislativa, conforme surge del siguiente cuadro:

“Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales.”	Ley 15.903 artículo 482
“Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales.”	Ley 16.170 artículo 653 <sup>25</sup>
“Las contrataciones referidas en el literal A), <i>no podrán incluir la participación, directa o indirecta de empresas privadas...</i> Las contrataciones que contravengan esta disposición son nulas (artículo 8º del Código Civil.”	Ley 16.736 artículo 738
“Entre organismos o dependencias del Estado con personas públicas no estatales <u>o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato”</u>	Ley 18.362 artículo 506
“Entre organismos o dependencias del Estado, <u>o</u> con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato”	Ley 19.149 artículo 17

Como puede apreciarse, el literal C numeral 1 originalmente permitía la contratación directa entre organismos o dependencias del Estado y con personas públicas no estatales, llegado

<sup>25</sup> La diferencia con el texto anterior se observa en el encabezado del artículo.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

incluso a prohibir expresamente so pena de nulidad la participación directa o indirecta de empresas privadas.

A partir de la Ley N° 18.362 el giro legal viró significativamente, incluyendo dentro del elenco de contratantes a cualquier persona jurídica de Derecho Privado cuyo capital social pertenezca en su totalidad al Estado o a personas públicas no estatales.

Frente a este escenario debemos preguntarnos: el artículo 33, literal C, numeral 1 del TOCAF ¿vulnera los principios previstos en la norma de Promoción y Defensa de la Competencia?

Pensamos que la respuesta a esta pregunta dependerá del análisis de dos cuestiones de especial importancia: la compatibilidad del régimen de contratación directa con la Ley N° 18.159, y la eventual existencia de justificaciones económicas.

**A- ¿EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DIRECTA CONTRAVIENE LOS VALORES TUTELADOS EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA?**

Cuando el legislador habilitó a esta Comisión a emitir recomendaciones no vinculantes en ejercicio de la potestad conferida por el artículo 26 literal F de la Ley, lo hizo con la intención de que valorara si las leyes pueden o no producir efectos anticompetitivos.

Para poder juzgar si una conducta es anticompetitiva previamente debe analizarse su impacto dentro del mercado relevante, así como sobre el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, análisis que resulta imposible de efectuar si nos limitamos al estudio de la letra de la ley, es decir a un estudio teórico, abstracto. Se requiere de agentes económicos compitiendo dentro de un mercado, a la interacción entre la oferta y demanda, al comportamiento y bienestar de los consumidores, etc.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

Pero aún si reuniésemos a todos estos actores (ejemplos nunca faltan dentro del trabajo de esta Comisión) tampoco es posible valorar una decisión legislativa a la luz de uno, dos, tres, cuatro casos concretos.

Lo que debemos hacer es lo que ha pretendido el legislador, es decir, que recomendemos en términos abstractos, analizando qué impacto podría tener la ley sobre el tratamiento, protección, regulación, restricción o promoción de la competencia.

Bajo estos términos, y efectuadas las precisiones precedentes, el suscripto sólo puede concluir que la contratación directa, por oposición a los procedimientos competitivos, **representa una restricción a la competencia.**

Mientras que los llamados abiertos tienen por esencia la publicidad, la concurrencia y la participación, este otro tipo de negociación otorga a la Administración discrecionalidad absoluta para elegir a sus contratistas, pudiendo dar lugar a arbitrariedades, privilegios indebidos, falta de control, barreras de entrada y discriminación.

Naturalmente no podemos afirmar que un régimen sea mejor que otro, ni tampoco pronunciarnos sobre si existen o no justificaciones que exijan acudir al régimen de contratación directa. Simplemente podemos advertir sobre riesgos, y también que la contratación directa, por sus propias características, implica una restricción a la competencia.

La autoridad española advirtió sobre los perjuicios del fenómeno, palabras que nos permitimos adoptar como propias: *“La competencia entre los licitadores es la manera de asegurar*



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos. La promoción de la competencia en esta área de actividad es consistente con los principios que informan la propia normativa sobre contratación pública, a saber: la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*

*“En principio, el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el procedimiento abierto, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas. Para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deben sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión, incluso si, con procedimientos alternativos, pudiera facilitarse la gestión y acortarse el período de tramitación.”<sup>26</sup>*

*“La concurrencia... posibilita la defensa del interés económico del Estado en el contrato, pues sólo operando dentro de un mercado de competencia perfecta cabe obtener el mejor precio o, lo que es lo mismo, la mejor oferta de adhesión para el esquema contractual elaborado por la Administración.”<sup>27</sup>*

---

<sup>26</sup> “Guía sobre contratación pública y competencia”. Comisión Nacional de la Competencia. Págs. 4 y 10. Disponible en [http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACION\\_v4.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf)

<sup>27</sup> Monedero Gil, José Ignacio. “Doctrina del contrato del Estado”, pág. 331. Citado por Roberto Dromi. “Licitación pública”. 2º Edición Actualizada. Bs As 1995. Ediciones Ciudad Argentina. Pág. 99.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

## **B- ¿ES JUSTIFICABLE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL LITERAL C NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 33 DEL TOCAF?**

La competencia no es un valor absoluto en sí mismo. Arraigada a los principios de igualdad y libertad, y de la misma manera que estos derechos, podrá ser limitada por leyes dictadas por razones de interés general.

Habiendo concluido que el sistema de compras directas implica una limitación a la competencia, el legislador deberá valorar cuándo dichas restricciones responden al interés general, para lo cual deberá tenerse en cuenta (entre otros factores) si existe o no un beneficio a los consumidores y usuarios.

En virtud de ello es que el suscripto estima pertinente efectuar una serie de apreciaciones que podrán contribuir para enriquecer el debate en cuestión, especialmente desde la óptica de la Promoción y Defensa de la Competencia.

Las empresas privadas estatales fueron creadas para competir dentro del libre mercado y en pie de igualdad con los particulares. Actúan dentro del ámbito del Derecho Privado, responden al fin de lucro e intereses particulares, etc. Similares conceptos podemos hacer respecto a las empresas privadas propiedad de personas públicas no estatales, con el agregado de que su capital proviene de patrimonios particulares.

Dentro de ese contexto debemos preguntarnos: ¿es razonable limitar la competencia y otorgar a estas empresas el privilegio de permitirles ser adjudicatarias sin ni siquiera competir con sus pares?; ¿qué impacto tendrá sobre los consumidores y usuarios si el día de mañana el Estado decide no convocar más a licitación y, fundado en el artículo 33 literal C



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

numeral 1 del TOCAF, satisface todas sus necesidades a través de sus propias empresas?; ¿qué efectos tendrá ello sobre el mercado?; ¿es posible bajo estas condiciones hablar de igualdad y competencia?

No debemos perder de vista la forma en que opera la excepción normativa. A diferencia de otras excepciones que fueron pensadas para favorecer a la elección de cualquier cocontratante (por ejemplo por razones de cuantía), en estos casos la Administración ve limitada su libertad de elección, pudiendo solamente recurrir a quienes se encuentren incluidos en el literal C numeral 1. Es decir que sólo podrá contratar con el Estado, con personas públicas no estatales, y con determinadas empresas privadas.

De este modo la discriminación se presenta como doblemente perjudicial: para el resto de los particulares, por encontrarse en clara desventaja; y para el Estado, por cuanto aún queriendo hacerlo, perderá la posibilidad de elegir entre varias ofertas.

A decir más, la Administración contratante podrá encontrar en esta norma un estímulo para evitar los controles, tiempos y gastos de la licitación pública, estímulo que tendrá por beneficiario a un único sector de oferentes en detrimento de todos los demás, y en mercados donde ya existían dificultades para la competencia, especialmente frente al apoyo económico del erario estatal.

En definitiva no vemos con malos ojos buscar formas alternativas a la licitación pública. Lo que sí nos preocupa es que bajo esta premisa se tienda a privilegiar a determinados actores. Fuera de los mercados donde el constituyente o legislador ha establecido monopolios, la competencia debería ser en pie de igualdad, o al menos aproximarse lo más posible a ello.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

Esta disposición ha dado lugar a la crítica de varios autores. Así Durán Martínez afirma: *“...si el Estado adoptó el ropaje de Derecho Privado, no puede de golpe despojarse de él para pretender una contratación directa al amparo del literal A) del numeral 3 del artículo 33 del TOCAF y obtener así un beneficio circunstancial en una contratación... Si una entidad puede contratar con el Estado desplazando a cualquier otro particular, sin duda ello resulta incompatible con la ley que establezca el derecho de la competencia.”*<sup>28</sup>

De similar modo se manifiestan Pinto Nerón y Zak: *“Para la efectividad del principio de competencia se debe reconocer la necesidad de la existencia de, en primer lugar, la igualdad en la ley, esto es, que la ley no discrimine injustificadamente entre los distintos operadores de mercado. Asimismo la aplicación de la ley debe ser igual para todos (igualdad ante la ley), pudiéndose admitir correcciones realizadas por la propia ley a efectos de igualar situaciones desiguales (igualdad por la ley). Un mercado regido por la libre competencia que permita discriminaciones injustificadas entre los competidores resulta una contradicción en sí misma.”*

Según los autores *“...especial mención merece el Literal A) del Art. 33 Numeral 3 del T.O.C.A.F., siendo necesario señalar que a nuestro juicio, la circunstancia consistente en que la entidad sea susceptible de contratar con una persona pública estatal o no estatal, o, lo que es más grave, con una persona de derecho privado propiedad en un 100% del Estado, desplazando de esta forma a todo particular, colide de por sí con la libre competencia.”*<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública.” en Anuario de Derecho Administrativo. Tomo 14. 2007. FCU. Págs.38 y 46.

<sup>29</sup> Ximena Pinto Nerón - Pablo Zak Godoy. “Defensa de la competencia y empresas públicas.” Publicado en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Año 8. Número 16. Págs. 80 y 82. Disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pinto-Neron-y-Zak-Godoy-Defensa-de-la-competencia-y-empresas-publicas.pdf>



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

También el argentino Agustín Gordillo sobre una disposición similar: *“En todos esos casos se lesiona el principio supra legal de eficiencia de la contratación, al no cotejarse precios y condiciones con el sector privado.”*<sup>30</sup>

En cambio Sayagués Laso aclaraba: *“cuando es el propio Estado, por intermedio de cualquiera de los organismos que lo integran, el que va a cumplir el suministro o realizar la obra, no hay posibilidad de fraude ni de connivencia con los funcionarios que han de resolver el negocio. Además repútase – hipótesis por desgracia en la práctica no totalmente exacta- que los organismos públicos se cobran entre sí el precio justo del servicio.”*<sup>31</sup>

En cuanto a la experiencia internacional, las soluciones varían en función del tiempo y lugar.

Podemos mencionar la doctrina del “in house providing” aplicada en la Unión Europea, según la cual cuando la Administración contrata consigo misma no existe un contrato sino una operación interna en la que se aprovechan los medios y recursos propios del Estado.

*“...el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar con una sociedad privada jurídicamente distinta de ella en cuyo capital tiene una participación mayoritaria y sobre la cual ejerce cierto control un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, está siempre obligada a aplicar los principios de licitación pública previstos en dicha Directiva por el mero hecho de que una empresa privada participe, incluso en una proporción minoritaria, en el capital de la sociedad contratista... Esta cuestión se refiere a la*

---

<sup>30</sup> “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”. Tomo 2. “La defensa del usuario y del administrado”. Pág. 531.

<sup>31</sup> “La licitación pública.” 2005. BdeF. Págs. 75 y 76.



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*situación particular de una sociedad denominada 'de economía mixta', constituida y que opera con arreglo a las normas de Derecho privado..."*

*"Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Ahí pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos."*

*"Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier cosa que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios."*

*"A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta."*



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*“En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.”<sup>32</sup>*

En síntesis, a entender del Tribunal de Justicia cuando el Estado emplea sus propios medios para prestarse a sí mismo un servicio, no será necesario acudir previamente al procedimiento de licitación pública.

Si el cocontratante es una empresa de Derecho Privado constituida por capital estatal tampoco será necesario hacerlo, en la medida que se cumplan los siguientes requisitos:

- que la empresa contratada sea un medio propio de la entidad adjudicadora;
- que la entidad adjudicadora ejerza sobre esta empresa un control análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios;<sup>33</sup>
- la forma en que realice la parte esencial de su actividad.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia. 11 de enero de 2005. Caso 26/03. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

<sup>33</sup> La Ley de Contratos del Sector Público Española N° 30/2007 establecía: “En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.” (artículo 24.6).



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

Conforme ha destacado el Tribunal de Justicia:

*“es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan”<sup>34</sup>*

En caso que no se cumpla con estos requerimientos sí será necesario recurrir al proceso licitatorio, lo cual ocurrirá por ejemplo cuando no exista una posición de control sobre la empresa al coexistir fondos públicos y privados.

*“...procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 96/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene*

---

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de abril de 2007, Caso 295/05. Fallo disponible en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

La sentencia fue una de las tantas que analizó la situación de TRAGSA (Transformación Agraria S.A.), sociedad estatal española dedicada a la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medioambiente. Según el fallo:

- *“Tragsa...es un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración...”;*
- *“Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social... y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones”;*
- *“las relaciones de Tragsa con entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes”;*
- *“que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones... no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato”.*



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

*por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.”<sup>35</sup>*

### 3. CONCLUSIONES.

Del análisis precedente es posible extraer las siguientes conclusiones:

- La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia es órgano competente para efectuar recomendaciones sobre normativa vigente, teniendo por objeto su adecuación a los principios generales y valores que rigen nuestra materia (artículo 26 literal F de la Ley N° 18.159);
- Recientes modificaciones legislativas sitúan al proceso competitivo (y no a la licitación pública) como el principio general en materia de contratación pública;<sup>36</sup>
- Dadas sus características la contratación directa implica una restricción a la competencia, que dependiendo de cada caso podrá beneficiar o perjudicar a los consumidores y usuarios;
- Tanto en los hechos como a nivel normativo existe una clara tendencia hacia la contratación directa;

<sup>35</sup> Sentencia del 18 de noviembre de 1999. Caso 107/98. Fallo disponible en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

<sup>36</sup> “Como todo principio, la licitación pública no es un dogma absoluto: No hay que entrar en los extremos de negarla siempre o exigirla siempre, sin razones específicas aplicables al caso.” “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”. Tomo 2, “La defensa del usuario y del administrado”. Pág. 481. Disponible en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo12.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf)



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

- El artículo 33 literal C numeral 1 del TOCAF establece una solución de privilegio en beneficio del Estado, ciertas empresas privadas y personas públicas no estatales, que en casos concretos podrá significar una restricción a la competencia;
- Si bien el artículo 33 del TOCAF es ley, y por lo tanto los derechos, facultades y prerrogativas que esta confiere no podrán ser consideradas prácticas anticompetitivas ni abuso de posición dominante, ello no obsta que este asesor entienda pertinente rever la redacción de la norma y buscar formas menos nocivas para la competencia;
- Aún derogándose la disposición precedente, el Estado cuenta con diversas disposiciones que le permiten salvaguardar sus necesidades, especialmente frente a casos de urgencia (artículo 33 literal C numeral 9 del TOCAF), o cuando por razones de cuantía no es conveniente asumir los costos de procedimientos de contratación prolongados (artículo 33 literales A y B del TOCAF);
- Que si bien son admisibles las excepciones previstas por razones de interés general, la libertad e igualdad se erigen, no sólo como derechos humanos, sino también como Principios Generales de Derecho;
- Existen otras disposiciones del TOCAF que también podrían contrariar la normativa de Promoción y Defensa de la Competencia.

A la luz de lo dispuesto por Ley N° 18.159 el suscripto entiende conveniente:

1. Que el régimen de contratación pública fomente la concurrencia, buscando que confluyan la mayor cantidad de oferentes posibles, de modo que el Estado tenga la posibilidad efectiva de elegir entre diversas ofertas, permitiéndole



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

- seleccionar aquella que represente el mayor beneficio para los consumidores y usuarios;
2. Que el diseño de procedimientos competitivos alternativos a la licitación pública siempre deberá obedecer a los principios de igualdad, publicidad, transparencia, concurrencia, y demás principios generales recogidos por el TOCAF;<sup>37</sup>
  3. Que sólo a través de una efectiva publicidad podrá asegurarse la real competencia, debiendo para ello la contratación pública estar debidamente promocionada, lo cual podrá lograrse no sólo a través de las nuevas tecnologías, sino también de los medios tradicionales de comunicación (Diario Oficial, invitación directa a oferentes, etc.);<sup>38</sup>
  4. Que fuera de las hipótesis de procedimientos competitivos parecería razonable que la Administración igualmente realice llamados de precios (por ejemplo a través de una invitación directa de oferentes), y tenga a consideración las ofertas de particulares que aún no siendo invitados comparecieran a manifestar su voluntad de contratar;<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> “La participación que se reclama, tiene por afinidad, atender a la regularidad de las disposiciones que en definitiva conformen los procedimientos, a los efectos de garantizar de que los mismos estén dotados de los mecanismos que hagan efectivo el cumplimiento de los principios que rigen la materia. De lo contrario, estaríamos admitiendo que a través de fórmulas genéricas, se prevea la existencia de nuevos mecanismos sin procedimientos establecidos, que luego por vía reglamentaria y sin intervención del tribunal, sean dotados de contenido.” (“Segundo informe del Tribunal de Cuentas (de 19 de setiembre de 2011) sobre el capítulo de ‘compras estatales’ incluido en el proyecto de ley de rendición de cuentas aprobado por la Cámara de Representantes y a consideración del Senado”)

<sup>38</sup> “...la transparencia exige anuncios de licitaciones completos, y es necesaria para conseguir la apertura de la contratación pública. La ausencia de publicidad imposibilita cualquier competencia efectiva, y con ello los beneficios derivados de la misma.” (“Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro.”)

<sup>39</sup> “...para eliminar el riesgo de distorsiones de la competencia en estos procedimientos: tras la elección inicial de candidatos, se ha de admitir la participación en el procedimiento a las empresas que, sin haber sido invitadas a hacerlo en un principio, así lo soliciten posteriormente. Sería recomendable que las distintas Administraciones desarrollaran



JOSÉ ARTIGAS  
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES  
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y  
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay  
Ministerio de Economía y Finanzas

5. Que las conclusiones precedentes bajo ningún concepto deberán ser interpretadas de forma tal de favorecer a quienes no cumplan con los requerimientos necesarios para ser proveedores de la Administración.

---

*protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios utilizados para la selección de candidatos. En dichos protocolos, para asegurar la igualdad de trato entre todos los licitadores que negocian con la Administración, debería desarrollarse tanto el procedimiento de negociación como los aspectos sobre los que ésta versará y el momento exacto en que se llevará a cabo.” “Guía sobre contratación pública y competencia”. Comisión Nacional de la Competencia. Pág. 11.*