

Ofertas colusorias:

El caso de la contratación pública (el ejemplo de lo que sucede en las Pymes)¹

I. Preámbulo

La contratación de bienes y servicios por parte de las administraciones públicas, por la naturaleza del sujeto que adquiere, es un proceso básico para el desarrollo de los países y el cumplimiento de las metas sociales, económicas y otras de los gobiernos de turno. Las administraciones son, por tal realidad, de los más importantes actores de la economía dada su regularidad de salir al mercado a comprar un sinnúmero de necesidades. Sus compras no son nada despreciables, pues, en efecto, se trata de uno de los más altos compradores, y es uno, según el país, de los agentes económicos (en su rol de vendedor incluso) más presentes. Considérese la posición del estado que vende servicios de agua, electricidad, telecomunicaciones, servicio postal, entre otros.

Ahora, sea en su rol de comprador o de vendedor, el estado -en el primero de los estadios- se ve no pocas veces inmerso en una exteriorización de los agentes económicos que puede incidir en la competencia efectiva. Nos referimos así a las ofertas colusorias, que expondremos como un fenómeno escasamente entendido por las administraciones en su rol de comprador, y, por otro lado, en una afectación que esa realidad dicha afecta a su vez a un sector de los actores, a saber, las pequeñas y medianas empresas (Pymes). Sobre ambos asuntos en este breve ensayo hablaremos, de cara a marcar algunas tareas pendientes.

II. La contratación pública

La administración adquiere sus bienes y servicios a través de la contratación pública. Toda compra debe desarrollarse a partir de lo que establezca la normativa y la misma jurisprudencia administrativa y constitucional. Existe desde los procedimientos ordinarios (licitación pública, abreviada y directo de escasa cuantía para el caso costarricense) hasta las contrataciones excepcionadas de caja chica, urgencia, oferente único, seguridades calificadas, entre otros. Es el monto a erogar en cada compra, y la naturaleza del objeto, lo que determina el tipo de procedimiento por realizar. La naturaleza de la contratación pública parte de ser un acto de colaboración voluntaria del particular para con la administración, estando aquella obligada a satisfacer fines públicos a partir de la selección de la oferta que más convenga, según el sistema de calificación objetivamente dispuesto. Los procesos de contratación sirven para la adquisición

¹ Elaborado por Dr. Christian Campos Monge (christian.campos@cyconultores.net). Consultor; miembro de la Comisión para promover la Competencia de Costa Rica.

de bienes y servicios no personales por parte de todo sujeto que maneje fondos públicos - recursos que le pertenecen a la hacienda pública-, y que buscan, por ese medio, satisfacer intereses de orden público o institucional.

Meza² se refiere a este proceso como el que permite satisfacer intereses colectivos; en tal línea expone: “Existe... la técnica de la contratación, para lo cual la Administración contratante es mero agente de un interés superior y el contratista un sujeto colaborador para ese fin, que es aquel asignado por el Ordenamiento jurídico. Las administraciones públicas, entonces, en el ejercicio de su doble capacidad, pueden ser coparticipes de la bifurcada esfera pública o privada, con dos tipos de contrataciones igualmente calificadas, sin que por ello toda contratación administrativa, por serlo, sea imperativamente pública, aun cuando siempre sea de la Administración. Bien se ha insistido a nivel doctrinal que las administraciones se sirven tanto de sujetos o personas, como de objetos o cosas, ya sea a través de actos compulsivos, como la carga pública, o por actos procedimentales de colaboración voluntaria, a nivel bilateral o plurilateral”, prosigue este mismo autor señalando: “Así, pues, tenemos presente en la contratación administrativa el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, como elemento vital de la figura del contrato en su amplia configuración jurídica y práctica. La carga obligacional de éste, y su escudo de protección, queda filtrado por el conjunto normativo, con incorporación del cartel o pliego de condiciones, que es la reglamentación entre las partes contratantes”.

Desde una perspectiva comparada, Sáenz³ comenta que “Los procesos aplicados en las adquisiciones del Sector Público han crecido en importancia en nuestro medio con el correr del tiempo. En inicios del siglo pasado, hacia los años 1900, el volumen de adquisiciones en nuestros países, tanto local como externo, era bastante bajo, por lo que si práctica no requería ser legislada ni reglamentada en forma muy detallada. Pero, a medida que la población... se ha incrementado y el modernismo y la tecnología se han impuesto, el volumen de las adquisiciones se ha visto crecer considerablemente, alcanzando actualmente proporciones muy importantes dentro de los presupuestos nacionales...”. Agrega este mismo autor que “Las adquisiciones de bienes y servicios, son parte fundamental de la culminación de la ejecución de los proyectos. Del éxito o el fracaso del proceso de adquisiciones, depende en buena proporción el cumplimiento de los objetivos de cualquier proyecto...”.

Este vital proceso de los estados, en donde hay compromiso de fondos públicos advierte una labor en donde las potestades de imperio deben prevalecer, necesariamente, por encima de

² Meza Jiménez, Manrique. Derecho Público. San José. Editorial Jurídica Continental. 2001, p. 82.

³ Sáenz Bellanger, Rodolfo. Contratación Administrativa en Centroamérica. Banco Centroamericano de Integración Económica. Honduras, 2006, p.14.

cualesquiera otros intereses. Es decir, el estado al buscar adquirir bienes o servicios, cuyo fin básico es satisfacer el interés general, puede, y lo hace, imponer aquellos elementos proclives a garantizar su deseo, y los potenciales contratistas, en estadio de presentación de ofertas, asumen eso como una imposición de imposible modificación. En parte en ello radica el principio de que el cartel (clausulado que establece las bases de los concursos públicos) es ley de partes. De tal manera que el cartel se debe aceptar y la oferta que se presente se subsume en el principio de que respeta todas y cada una de las cláusulas de aquél. La única salvedad es que ese cartel contenga, eventualmente, normas que restringen o limitan la concurrencia o que en general irrespete más allá de lo razonable el marco constitucional de la materia (normas y principios). Ante ese cuadro fáctico las partes interesadas pueden ejercer, por ejemplo, el recurso de objeción al cartel con el solo objeto de que se revise y readecué de ser necesario, la letra expresa de las bases enunciadas. Como se observa, en esta materia negocial privan las potestades de imperio en beneficio de las administraciones públicas, en claro contrasentido a lo que es la autonomía de la voluntad de las partes en derecho privado.

La Sala Constitucional costarricense sobre las compras públicas ha señalado: "...desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, "toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación"... El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de "los contratos sin licitación", que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. Por ello, como lo afirma en su informe la Contraloría General de la República y se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión de la contratación del Estado y la creación y atribución de funciones de la Contraloría General de la República, generó poca discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dado el consenso nacional de la necesidad de una normativa firme que coadyuvara a solucionar tales problemas. Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el

“medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración”. (Sala Constitucional 1998-998)

Ahora, el voto reseñado, propio de una época de la Sala, debe complementarse a la luz de otra sentencia de la misma Sala, así el número 13910-2005; en ésta se rescata el pensamiento de la Constituyente de que el procedimiento rector en contratación es la licitación, siendo de especial interés el desarrollo de la licitación pública, pero que ello no excluye como procedimientos ordinarios e igualmente validados por la norma suprema los de licitación abreviada y contratación directa de escasa cuantía. Tal fue el error conceptual del voto 998-98 citado, sea, el haber entronizado en el pensamiento del Constituyente un solo proceso ordinario de compra, a saber la licitación pública, cuando con meridiana claridad se ve que el art. 182 dispone que la licitación debe ser la regla, pero la tipología de concurso será según la cuantía y la naturaleza del objeto de interés. En ese sentido, la Sala ha resuelto: “...de manera sistemática las condiciones y principios de rango constitucional que deben orientar el ejercicio de las competencias públicas en materia de contratación administrativa. De esa forma, se ha señalado que el artículo 182 de la Constitución Política, es la norma jurídica de derecho positivo de mayor rango en la que debe apoyarse cualquier decisión que se tome en esta materia. En dicha norma la Sala distingue un “sistema ordinario” de contratación administrativa que antes de la promulgación de la Ley de Contratación Administrativa vigente estaba conformado tanto por la licitación pública pero también por lo que se llamó en su momento licitación privada. Se afirma igualmente que luego de la reforma legal citada, ese sistema ordinario de contratación quedó conformado en forma similar, es decir, por la licitación pública por una parte, junto a la cual subsisten mecanismos que la Sala entiende como equivalentes a la licitación privada, y que identifica –atendiendo en esto a su diseño legal- como licitación por registro y la licitación restringida” (Sala Constitucional 2005-13910).

Hasta acá, se ha querido dar una pincelada de lo que son las compras públicas; así, un mecanismo para que el estado pueda alcanzar sus metas, todas de interés público, a partir de procedimiento más o menos gravosos, según la cuantía del objeto a adquirir, y en donde media (o así debería ser) competencia entre los potenciales y oferentes como tales. Al estado, en suma, debería interesarle, por el escaso fondo presupuestario con que suele estar, promover competencia basada en hallar la mejor calidad, al precio más bajo.

III. Los concursos con ofertas colusorias en las compras públicas

La licitación o concurso con presencia de colusión⁴ es una forma especial de conducta de fijación de precios, por ejemplo, mediante la cual las empresas coordinan sus ofertas para maximizar sus ganancias en ese caso. Los blancos más frecuentes de las licitaciones colusorias son las licitaciones del gobierno⁵. Cabe precisar que ese deseo de obtención de ganancia u otros objetivos siempre contrarios a la competencia, en el caso de las compras de gobierno, pasa por dos cuestiones; primero, que no es necesariamente en un proceso concreto de compra que se da esa ganancia, sino que puede operar una estrategia para ir poco a poco desarrollando un escenario de compras con colusión, con efectos a mediano o largo plazo, y lo segundo, el componente de precio razonable, en donde el precio que se paga fruto de una oferta colusoria sería excesivo o ruinoso, cosa que al menos en el caso de Costa Rica es un delito; así, el de sobreprecio irregular.

Las licitaciones colusorias, para Costa Rica, son conductas prohibidas y sancionadas por la Ley N° 7472, ya que impiden el uso eficaz del concurso de ofertas como medio para seleccionar aquella que más convenga a la satisfacción del interesado, claro está, con una particular preocupación cuando el sujeto que compra es una administración pública que usa fondos públicos.

No hay país donde no se reconozca que la libre competencia es un principio estratégico en los procesos de contratación administrativa; éste impulsa y estimula la participación de la mayor cantidad de oferentes, de modo que el demandante tenga una amplia y variada gama de ofertas, para seleccionar la que mejores condiciones ofrezca, lo cual supone independencia en las decisiones de los oferentes. En ese contexto, los agentes económicos competidores entre sí, deberían luchar por vender sus bienes o servicios en el mercado, en uno con competencia. Es esta rivalidad la que genera presiones para que la entidad licitante logre obtener mejores condiciones de los competidores por el mercado, no sólo en términos de precio, sino, de calidad, servicio, entre otros aspectos.

De esta forma, la legislación de competencia nunca sancionará a empresas que compitan entre ellas por el mercado, tomando sus decisiones en forma independiente y actuando de la misma

⁴ En voto 06-2012 la COPROCOM-Costa Rica resolvió sobre este expuso: “El artículo 11 de la Ley No. 7472, señala que son prácticas monopolísticas absolutas los actos, contratos, convenios, arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Al respecto, en términos del referido artículo, se considera como una modalidad de práctica colusoria: “Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas”. Tanto la doctrina del Derecho de la Competencia como la legislación costarricense consideran estas prácticas las más perjudiciales al proceso de competencia y libre concurrencia. Los agentes económicos al coordinar acciones, pueden comportarse como un monopolio, y por ende poseen los mismos efectos perjudiciales en la economía, es decir, el consumidor sufre las consecuencias de un aumento en los precios, una disminución en la calidad y el servicio o una reducción en la oferta.”

⁵ Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes de Competencia. Recopilado por R.S. Khemani y otros. 1996. Pág. 36.

forma, de manera que del concurso se obtenga el mejor resultado posible para la Administración Pública. Empero, no siempre sucede así.

IV. Ofertas colusorias: elementos que permiten determinar una práctica prohibida

Las prácticas monopolísticas absolutas son consideradas, en el caso costarricense, como las más perjudiciales al proceso de competencia en los mercados, ya que al actuar coordinadamente los agentes económicos pueden comportarse como un monopolio y por consiguiente, tener los mismos efectos perjudiciales en la economía. Y, para el caso de las compras públicas, la relevancia mayor estará en que los fondos con los cuales se adquieren los bienes o servicios, son de orden público.

Es precisamente por el efecto perjudicial que tienen, que se les atribuyó el carácter de nulas de pleno derecho. En ese sentido, el artículo 11 de la Ley N°7472, en su último párrafo dispone que los “... *actos a los que se refiere este artículo -todas las prácticas monopolísticas absolutas- son nulos de pleno derecho (...)*”. Ello significa que las prácticas absolutas son por sí mismas nocivas al proceso de competencia y libre concurrencia. Para determinar la ilegalidad de estas conductas no es necesario valorar el tamaño del agente económico involucrado, ni sus motivaciones o justificaciones, ni el tamaño del mercado afectado. Los elementos citados anteriormente, sólo se tomarán en cuenta para determinar la graduación de la sanción o multa que se le impondrá al agente económico, pero no para determinar la ilegitimidad de su conducta. Así, basta que se comprueben los supuestos que establece el ordenamiento citado, para determinar su ilegalidad.

En aplicación del principio de legalidad, para determinar la ilegalidad de una práctica de esta naturaleza basta que se comprueben los siguientes elementos: a) Que los agentes económicos que participaron en el supuesto acuerdo, convenio o combinación, sean competidores entre sí; y, b) Que dichos agentes hayan incurrido en alguna de las conductas tipificadas por el propio marco regulatorio.

V. Sobre los sujetos que participan y el interés público que media en las compras públicas

El artículo 2 de la Ley N°. 7472 define como agente económico “... *toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero*”. En este sentido, competidores entre sí son

aquellos agentes económicos que participen, sea como oferentes o demandantes, en la comercialización de un mismo bien o servicio.

En el caso de las compras públicas, la competencia se refleja en un enunciado que reza: *“1.- de la libre competencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece...”* (Sala Constitucional, sentencia 998-98 de 16 de febrero de 1998).

No hay que perder de vista que el fin de la Administración cuando convoca un concurso de compras públicas es obtener el producto o servicio que requiere en las mejores condiciones posibles, en precio, en calidad, en tiempo de entrega, entre otras. Eso no implica de ninguna forma que una actuación concertada de los oferentes respecto al precio resulte justificada, esto aunado a que difícilmente del actuar concertados de los competidores, cuyo fin es maximizar sus beneficios, el precio acordado sería el más bajo. En ese sentido, las empresas deberían competir, ofertando en las mejores condiciones y de esta forma adjudicarse como ganadores del concurso.

Ahora, en una licitación colusoria la afectación del interés público resulta especialmente grave. La Administración Pública convoca un concurso para obtener la mejor relación calidad - precio posible de los suministros, y esa finalidad es frustrada por el acuerdo entre los concursantes, el interés público resulta dañado doblemente, por un lado, se impide la asignación eficiente de los recursos públicos, que provienen de todos los ciudadanos como contribuyentes, al impedir la competencia real en las ofertas y terminar el estado pagando un sobreprecio, por otro lado, se distorsiona el funcionamiento del mercado, al igual que en cualquier otra conducta colusoria.

Esta circunstancia preocupa por cuanto si una figura como ésta fuera utilizada sin conocimiento de la administración licitante para que un solo grupo de interés presente diversas ofertas en un solo concurso público a través de varios supuestos oferentes, esto equivaldría a una disminución de las fuerzas competitivas por ese mercado, una mayor probabilidad de que al grupo le sea adjudicada la licitación o de que en caso de empate, resulte más beneficiado -según las cláusulas de desempate que establezca cada cartel-, lo cual atenta claramente contra los fines perseguidos por la contratación administrativa.

VI. Tips sobre presencia o detección de posibles ofertas colusorias en compras públicas

Podríamos sintetizar este tipo de asuntos en acuerdos que buscan condiciones de venta, calidad, precios y servicios desfavorables, para el estado, y por ende para la competencia efectiva y ética, en el mercado. Y los agentes económicos buscan establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención. Una apretada deducción en el proceso de compra nos diría que espacios donde pueden darse algún tipo de intervención fruto de esos acuerdos viciados son: a. en la planificación de las necesidades de compra; b. en la formulación de los pliegos de condiciones; c. en el ejercicio de los recursos contra los carteles y el limitado estudio y comprensión de los operadores de la contratación pública; d. en la invitación a participar; e. en la presentación o abstención de ofertas; f. en los recursos contra el acto final; g. en la ejecución contractual; h. en el casi nulo ejercicio del régimen de responsabilidades propio de compras públicas.

También podemos indicar que los alcances de esos acuerdos colusorios se observan:

- En la distribución de las adjudicaciones a partir de:
 - Criterio precio (precio mínimo que no es necesariamente el de mercado; podría ser más alto)
 - Criterio calidad (que podría ser que haya un precio aceptable, pero los demás ofertaron condiciones de calidad inferiores para no cumplir)
 - Criterio de garantía (en inferiores condiciones o que no están conforme al cartel)

De ahí que debamos sospechar:

1. De la presentación de ofertas idénticas, eliminando así cualquier competencia a través de los precios.
2. En los que se turnan las adjudicaciones.
3. En los que -uno o varios- se abstienen de participar para asegurar que determinado ofertante o postor sea el ganador.
4. En el acuerdo de división de mercados entre competidores (ofertantes) cuyo objeto ya sea no participar en concursos organizados en determinadas regiones geográficas o por determinadas instituciones públicas.
5. En los que ofertan con posturas poco usuales en precio, cuestiones de calidad, etc.
6. En la conducta de oferentes que cambia de una entidad a otra.
7. Cuando algunos de los proponentes ofertan a precios mucho más elevados de los costos estimados en el concurso.
8. Cuando algunos ofertan sólo en algunos concursos y nunca en otros similares.

9. Cuando se aprecian siempre los mismos ofertantes con una rotación de ofertas ganadoras.

Para la Coprocom de Costa Rica, en el Manual emitido sobre este tema, las formas que adopta la colusión entre competidores son:

“a) Acuerdo de precios, a través del cual se selecciona un oferente ganador y una oferta ganadora, y los otros oferentes son instruidos a presentar plicas mucho más elevadas económicamente. Para que esta clase de arreglos sea efectivos, las ganancias del ofertante ganador deben ser compartidas con los otros miembros del cartel.

b) Acuerdos de división geográfica de mercados, los competidores se ponen de acuerdo para introducir plicas económicamente altas en mercados previamente asignados a otras firmas.

c) Cuotas para concursar. El cartel impone una cuota por el privilegio de ofertar en determinado concurso público, y el resto de oferentes (que son parte del cartel) simplemente suman esas cuotas al precio de sus ofertas. Los fondos acumulados son posteriormente repartidos a través de algún mecanismo ideado por el propio cartel.

d) Distribución del “botín”. El oferente ganador está de acuerdo en compensar a los oferentes perdedores por el “costo de participar en el concurso”. Esta compensación se carga al precio de las ofertas de los perdedores. En una variante de esta conducta, el ganador se pone de acuerdo de antemano en subcontratar el trabajo de los perdedores, para de esa forma, compartir las ganancias.

e) Una de las empresas oferentes que ya ha presentado su oferta, acuerda retirar dicha plica con el fin de que la oferta seleccionada por el cartel gane el contrato.

f) En otras circunstancias, una o más empresas que son parte del cartel, se ponen de acuerdo para presentar ofertas económicamente más altas que la oferta designada como la ganadora. Algunas de sus variaciones incluyen ponerse de acuerdo para presentar ofertas que aparenten ser competitivas en precios pero que intencionalmente omitan otros requerimientos formales del cartel, tales como la presentación de garantías de participación con el fin de que sean descartadas y se seleccione la oferta previamente designada como “ganadora”, la cual si cumplirá con todos los requerimientos sustanciales y formales del concurso.”

Ahora, algunos de los retos que nos parece de especial atención, especialmente del sector público, para prevenir este tipo de cuestiones, son: a. la comprensión (dígase capacitación) sobre la presencia de ofertas colusorias); b. la revisión y mejoramiento del marco regulatorio; c. la alianza con las autoridades de competencias, sea entre las administraciones públicas con ésta, o de ésta con órganos rectores y controladores de la actividad contractual del estado; d. la estandarización de pliegos de condiciones con cláusulas que permitan prevenir las ofertas de este tipo; e. la implementación de protocolos que ayuden a revisar y garantizar razonablemente la no presencia de ofertas colusorias; f. el monitoreo del mercado; g. la promoción de pequeñas y medianas empresas con la reserva de ley sobre un porcentaje de compras públicas dirigido a ese sector; h. reducción de barreras de entrada, así, la no inclusión de normas financieras, experiencia y otras, que escaso o nulo valor agregado le dan al contratista final; h. ser más rigurosos en los oferentes que aparecen en conjunto o consorcialmente ofertando, estimando que ese tipo de ofertas parten de ser poco comprensivas para países con mercados estrechos.

Así las cosas, sin abordar los anteriores tópicos, desde una política pública y regulación oportuna, la factibilidad de que haya espacio para las ofertas colusorias persistirá.

VII. Pymes; su realidad en las compras públicas; acotación sobre competencia; presencia de escenarios para que se den las ofertas colusorias

Señala el CEPAL: *“Con políticas de apoyo adecuadas, las micro, pequeñas y medianas empresas de América Latina pueden contribuir a elevar la productividad, complementar las economías de escala de las grandes empresas, aportar en la creación de clusters en determinados sectores y reducir la desigualdad social y la pobreza. Si bien en los últimos diez años ha aumentado la preocupación por las pymes en la región, dada la importancia clave de estas en el tejido empresarial, se requiere multiplicar estos esfuerzos para romper el círculo vicioso de baja productividad y escasa competitividad en el que se encuentran. / Es necesario que las políticas públicas maduren, con el fin de ser más sostenidas en el tiempo, y a la vez que sean más flexibles, para adaptarse a los cambiantes entornos externos que afectan a estas empresas. Los países deben construir las capacidades institucionales que precisa la ejecución de los programas e iniciativas. En especial, es necesario que en la concepción y aplicación de las políticas se considere la extrema heterogeneidad de estas empresas, que abarcan un abanico desde microempresas de supervivencia hasta unidades insertas en la modernidad y abastecedoras de grandes empresas dedicadas a los mercados externos.”*⁶

⁶ Perspectivas Económicas de América Latina 2013. Políticas de Pymes para el cambio estructural. http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/48374/LEO_2013.pdf (consultado 15/09/2013), pág. 47.

Así, cualquier acción del gobierno en su quehacer de compras públicas, con la significativa participación de éste en el mercado, debe considerar a las Pymes. Éstas, por su lado, transitan en un proceso preferible de articulación productiva, en una especie de apuesta ganar – ganar, en el que sector público y sector Pymes se benefician mutuamente. A mayor inserción de las Pymes en las compras públicas, mayores posibilidades de generar producción y competitividad, y consecuentemente, más empleos, más desarrollo, más igualdad en el reparto de la riqueza.

Está claro, por otro lado, que las compras públicas deben partir del principio de libre concurrencia, con la mayor igualdad posible en las cláusulas del cartel, y más si en tal sector de las regulaciones públicas, se converge con lo que se ordena en torno a la competencia (competencia sana) en el mercado. Quien compra, como principio, debe hallar tantas opciones como le sea posible, lo que genera mayores dividendos en la apuesta por el producto de más calidad, a un precio altamente conveniente. Sin embargo, pese a los corolarios normales de compras hechas con fondos públicos, resulta que en este caso, el que compra, es decir el estado, no puede descuidar que además de ese rol de comprador, es su deber promover el desarrollo y progreso de su nación, de ahí que surja esa insoslayable política de promover a las pequeñas y medianas empresas como agentes que en la sociedad son causantes de opciones de empleo, mayor dinamismo al mercado, etc., como se ha dicho.

Es en la consideración de las diferentes variables que el estado debe ser consciente de generar compras públicas inclusivas de esas pequeñas y medianas empresas, y ese reto debe ser una apuesta permanente, generando sensibilización, dirección política y hasta las reformas de Ley necesarias para alcanzarla.

Ahora, a nivel de concepto, partamos de que *“Los diferentes gobiernos de los países de la región impulsaron, durante los últimos veinte años, iniciativas públicas que intentaron poner en marcha políticas de apoyo a las pymes basadas en la cooperación empresarial y la colaboración interinstitucional, con el objetivo de mejorar el desempeño productivo y competitivo de las empresas y crear un ambiente de negocios pujante, innovador y dinámico. Estas iniciativas reciben el nombre genérico de “políticas de articulación productiva” ...”*⁷

Según se ha determinado, las pymes son piezas clave en el desarrollo de nuestros países si se entiende que⁸:

⁷ Clusters y políticas de articulación productiva en América Latina. (Compilación de Carlos Ferraro). CEPAL-FUNDES. Setiembre, 2010, p. 13.

⁸ Ídem. Pág. 49.

- I) Pueden contribuir a aumentar la productividad mediante la introducción de cambios tecnológicos y organizativos.
- II) Complementan las economías de escala de las grandes empresas, desde el menor costo y flexibilidad que representan.
- III) Desarrollan un papel importante en la creación de aglomeraciones productivas, sea, la colaboración entre agentes económicos e instituciones en el plano local, con el propósito de la generación de un beneficio competitivo.
- IV) Contribuyen a la inclusión social al aumentar los ingresos de las microempresas y reducir la vulnerabilidad.

Empero, lo que supone el impulso real a las Pymes desde una política de estado, carece en la realidad del incentivo presupuestario; así, *“En el mejor de los casos, los presupuestos asignados no alcanzan el 0.1% del PIB y en muchos países no llegan al 0.01% del PIB”*; gráficamente podemos constatar la realidad⁹:

Cuadro 2.6. Gastos de las instituciones de fomento a pymes, 2005
(en porcentajes del PIB)

País	Gasto	País	Gasto
Argentina	0.004	México	0.015
Brasil	0.085	Nicaragua	0.022
Chile	0.030	Panamá	0.027
Colombia	0.008	Paraguay	0.005
Costa Rica	0.004	Perú	0.004
Ecuador	0.005	República Dominicana	0.033
El Salvador	0.019	Uruguay	0.002
Guatemala	0.006	Venezuela (Rep. Bol. de)	0.024
Honduras	0.005	América Latina	0.018

Fuente: CEPAL, con base en información oficial de los países.

De manera que el sector, con sus distintos actores públicos y privados, debe ingeniar fórmulas en las que saben que el apoyo del Gobierno es prácticamente nulo. Es más, si se recuerda el devenir del apoyo a las Pymes, el histórico de sus pasos es:

- Acciones aisladas en los años 1970 y 1980.
- Casi ninguna política entre fines de los 80 y mediados de los 90.
- Interés creciente desde mediados de los 90, pero más en las declaraciones que en los hechos.
- Preocupación por el desempleo y las microempresas
- Cambios institucionales y normativos en los últimos diez años¹⁰

⁹ Ídem. Pág. 59.

¹⁰ Fuente: Microempresas y pymes en América Latina. Ponencia de Giovanni Stumpo, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, CEPAL.

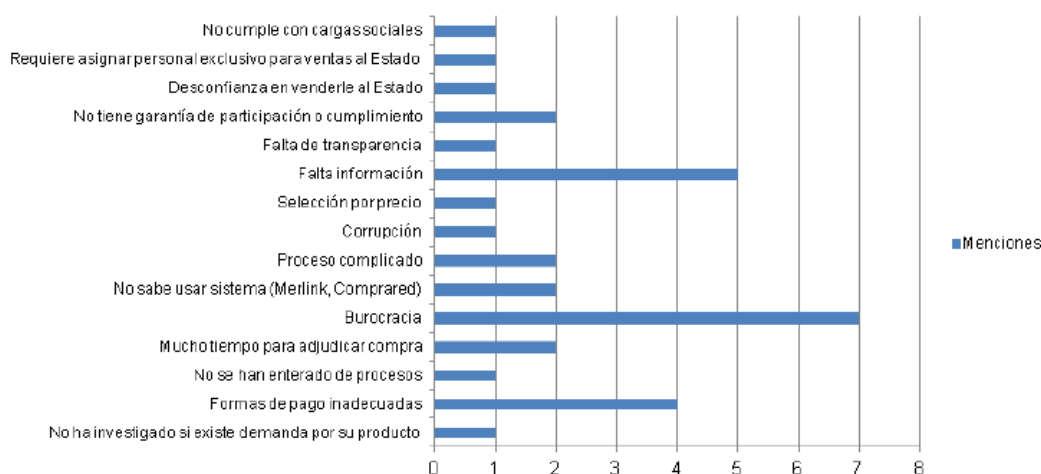
Otro elemento que ocasionó su vacío era la falta de regulación sobre promoción y otros de las Pymes, objeto que si bien se ha alcanzado en una buena cantidad de países, resulta que no es la única manera de concretar el apoyo real. De qué sirven las normas si al final quedan vacías de contenido presupuestario, de planes de largo, mediano y corto plazo y su seguimiento.

Ahora, en el caso de las compras públicas, pese a los esfuerzos que se realizan, parece haber un criterio generalizado en las Pymes en sentido de que son escasos los logros para favorecerles en términos reales en los procesos de contratación administrativa. Se ha dicho en un país de la región que en esencia, en caso de empates, se opta por la Pymes¹¹. Podríamos decir que la gran de los problemas están en:

1. Lo costoso y complejo que es el trámite de registro de proveedores, con disposiciones variables en cada registro.
2. Lo complicado que es el proceso de creación de ofertas.
3. La tendencia a considerar el precio como el factor de adjudicación final.
4. La tardanza en el pago y la rendición de garantías de participación o cumplimiento.
5. La falta de estandarización de los documentos más importantes.
6. La escasez de oferta allende los centros de región o capital.

Gráficamente, CEGESTI visualiza el problema de falta de participación de Pymes en las compras del estado de la siguiente manera¹²:

Figura 15. PYMES que nunca le han vendido al Estado: motivos por los que no lo han hecho

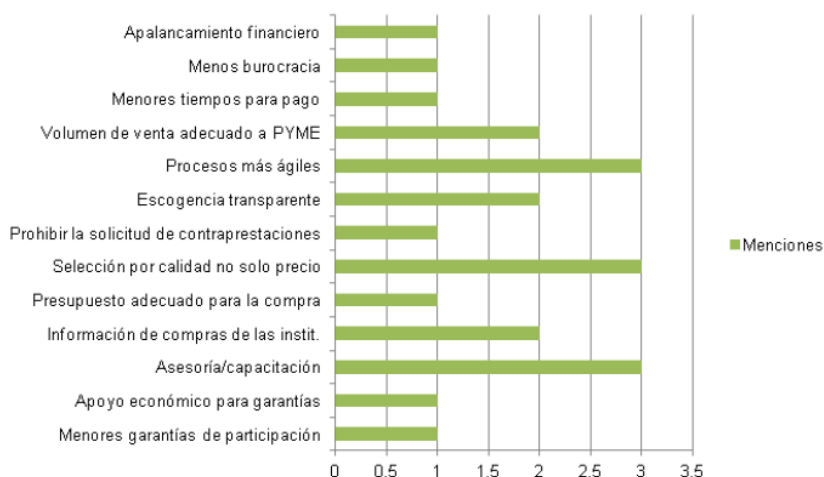


¹¹ “Análisis de la realidad de acceso y participación de las PYME en las compras públicas en Costa Rica”, CEGESTI, en http://www.comprasresponsables.org/articulos/articulo-25-260213_informe_compras_publicas_PYME_CR.pdf, consultado 16/09/2013, p. 52.

¹² Ídem, pág. 32 (los tres cuadros que aparecen).

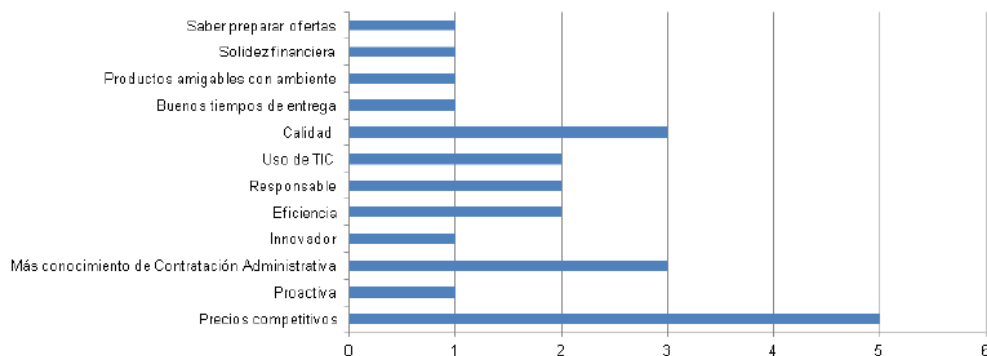
Y cuando se pregunta a las empresas qué les motivaría para que decidan participar en compras públicas, se indica:

Figura 16. Motivación requerida para ingresar en procesos de compra pública



Finalmente, si se aborda qué deberían tener como elementos a su favor las Pymes para ser vendedoras del estado, los resultados señalan:

Figura 30. Características que debería tener una PYME para ser proveedora del Estado



Los anteriores resultados en mayor o menor medida son los que se presentan en el contexto comparado, y es que, más que la teoría, lamentablemente hay una realidad detrás de la escasa participación de las Pymes en los procesos de compra pública. No es suficiente con capacitar, incluso con suministrar créditos; la cuestión va más allá de la promoción aislada; nos lleva, como una posible ayuda a la participación al proceso de articulación de Pymes que si se asocian, podrían generar mayor potencialidad para ganar los concursos.

Lo anterior nos lleva a estimar una serie de retos para garantizar mayor impacto en los procesos de compras públicas a favor de las Pymes, impacto proclive a generar mayor competencia y por tanto, mejores condiciones de compra para las administraciones; así,

- 1) Revisar en cada institución sus metodologías para considerar la participación de las Pymes.
- 2) Precisar el verdadero grado de participación de las Pymes en el presupuesto destinado para compra de bienes y servicios no personales, avanzando en porcentajes mínimos de presupuesto por asignar a las Pymes (puede ser en determinados sectores de las compras).
- 3) Implementar un registro nacional de Pymes proveedoras del estado que, entre otros, permita conocer el movimiento de venta de las empresas, si son productoras de bienes, oferentes de servicios o comercializadores de bienes.
- 4) Desarrollo de sensibilización y capacitación para participación de Pymes en compras públicas.
- 5) Estandarización (carteles, ofertas, etc.) de instrumentos para participar en compras públicas.
- 6) Apoyo tecnológico para el uso de sistemas electrónicos de compras públicas (estableciéndose un solo sistemas de compras electrónicas para todo el estado).
- 7) Revisión de la idoneidad de controles previos en compras públicas con dirección a facilitar los procesos de compra en beneficio de las Pymes.
- 8) Generación de Pymes verdes y con garantías certificadas de calidad. (Considerar en los carteles estas variables que podrían beneficiar a las Pymes).
- 9) La política y las normas deben ser contundentes desde una implementación que se monitorea y se mide en sus impactos.
- 10) Debe avanzarse en programas de fomento de la asociatividad, en aras de que las empresas sepan identificar sus ventajas y desventajas, en lo técnico, financiero y económico, y con el fin de provocar mayor subcontratación en los grandes vendedores del estado, o propuestas de negociación para plicas conjuntas o consorciadas¹³.
- 11) Sistemas de calificación de ofertas con verdadero valor agregado, y que potencie criterios razonables en beneficio de las Pymes. Avanzar en algo más que el desempate.
- 12) En convenios marco, tener suficiente prudencia para no excluir indebidamente a las Pymes, dado los volúmenes de compra unificados.

Adicionalmente, algunos esfuerzos más, del campo normativo, son:

- 13) La obligación de la Administración de pagarle a la PYME en un período máximo de 30 días, influyendo ello en un mejor flujo de caja en sus actividades.
- 14) La oportunidad real de promover acceso a lo que se puede denominar como banca para el desarrollo, entre otros para crear un fondo de avales para efectos de cubrir garantías,

¹³ Con el cuidado de no caer en ofertas colusorias, pues ello lo impide el derecho de la competencia. Algo así lejos de colaborar, genera distorsiones en el mercado poco convenientes para las empresas como para el estado.

asegurar adelantos de pago, o bien de utilizar el mecanismo del descuento de facturas ante una contratación ya asegurada con el Estado.

15) La opción Pymes en caso de desempate, y una puntuación adicional a la PYME.

VIII. La relación Pymes – ofertas colusorias

Visto el tema de las Pymes y su realidad en cuanto a las compras públicas, surge la relación temática. Es sencillo, aunque no por ello dejamos de valorar lo complejo del problema. Las Pymes no tienen como tales la capacidad o fuerza como para competir en igualdad de condiciones con grandes empresas, conglomerados o grupos económicos que, con estructuras verticales u horizontales fuertes, suelen decidir una línea en compras públicas.

Y eso es así, pese a que a mayor o menos escala, las Pymes pueden impulsar un mercado de compras públicas más competitivo, sin embargo, en objetos contractuales con incidencia notable en la asignación de recursos, se observan prácticas de cierto sector de los agentes económicos que dificultan más la capacidad de ofertar de esas pequeñas y medianas empresas.

Creemos que el mercado puede dinamizarse si las políticas públicas ayudasen a que este sector se desarrolle, más en un concepto articulado, como igualmente estimamos que a todos nos conviene evitar que en compras públicas, los compradores apliquen erradamente, por ejemplo, las famosas compras consolidadas y contratos a plazos mayores, pues los requisitos de participación impiden prácticamente la competencia efectiva. En fin, bastantes más cosas podemos acotar sobre esta precaria realidad, una en la que las empresas con prácticas indeseables aparecen.

IX. Conclusiones

Se ha querido repasar presiones conceptuales sobre las ofertas colusorias, sus características y su presencia en las compras públicas. Asimismo, hemos hecho una breve acotación sobre la presencia de las pequeñas y medianas empresas y las complicaciones que no pocas veces presentan en su participación en las compras indicadas, varias de esas dificultades con tinte de las llamadas ofertas colusorias.

La autoridad de competencia, al menos en el caso costarricense, no es indiferente a la presencia de ofertas colusorias de esta naturaleza, y, como suele pasar, identifica una serie de elementos comunes en los operadores de la contratación administrativa. No solo es el poco o nulo conocimiento sobre ofertas colusorias, también lo es la tendencia a que, con tal de obtener los menores precios, no importa si se cae la promoción misma de ofertas de ese tipo, a saber, el uso

o abuso del consorcio, el abuso en compras consolidadas bajo esquemas de entrega según demanda, etc.

Este aporte quiso precisar conceptos, las particularidades básicas de uno y otro tema, pero enfatizando los riesgos y problemas que suelen estar en las compras públicas, riesgos que al final son retos pendientes de abordar como corresponde en tan importante quehacer de los gobiernos y el mismo sector privado formalizado.

Finalmente, cabe concluir que el estado es un comprador por excelencia que no debe perder de vista que parte de sus deberes está en promover el desarrollo social en los términos más igualitarios que le sea factible. La articulación productiva en Pymes pasa por cooperación empresarial con el apoyo de las entidades de gobierno. Su norte incluye sin duda que las autoridades públicas promuevan no solo la política inclusiva de las Pymes, sino también el seguimiento porque los cambios se alcancen. Las Pymes siguen señalando serios y hondos problemas en las compras públicas, y varios de esos problemas versan sobre tendencias administrativas que favorecen la presencia de ofertas colusorias, con la excusa de compras a menores precios. Eso debe analizarse pues a los mercados, y por tanto a los mismos países, no les conviene.