

La colusión y la transparencia en la contratación pública: Casos prácticos

**IV Reunión Anual del Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia
de América Latina y el Caribe (GTCC)
5 y 6 de noviembre de 2014**



Dr. Christian Campos, Coprocom, Costa Rica

el ejemplo típico

El INSTITUTO X requiere varios suministros de oficina, y en tal sentido, realiza 5 licitaciones abreviadas.

En el mercado existen 5 empresas A, B, C, D y E, todas comercializan el objeto de cada una de las 5 licitaciones.

Para participar, las empresas acuerdan que la compañía A ofrecerá sus productos con un precio 20% menor que el de las otras 4 en la primera licitación. Para la segunda, se acuerda que B lo hará con un 20% menor que el precio de las otras; en el caso de la tercera licitación C hará lo mismo, y así sucesivamente. Incluso para la 4 y 5 licitación A y B deciden que ellas no participarán.

Resultado obvio: cada una gana una licitación (se repartieron las adjudicaciones).

¿por qué?

Porque a partir del acuerdo entre competidores, se genera una sola voluntad, cuasi que acción en monopolio

Y es que a las empresas les puede resultar más fácil (*y preferible para el lucro indebido*), llegar a acuerdos que competir, porque la competencia requiere esfuerzo (entonces: ¿para qué competir si todos podemos ganar?)

¿por qué?

- Universo de proveedores.
- Facilidad en identificar y negociar con los competidores (se conocen, o hasta parecen diferentes pero son lo mismo)
- Barreras de entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores en número suficiente (complejidad del proceso de compras, **pliegos de condiciones que desmotivan participar**, garantías, sanciones pecuniarias, ejecución que desgastan, variaciones en el precio ofertado versus el pago efectivo, etc.)

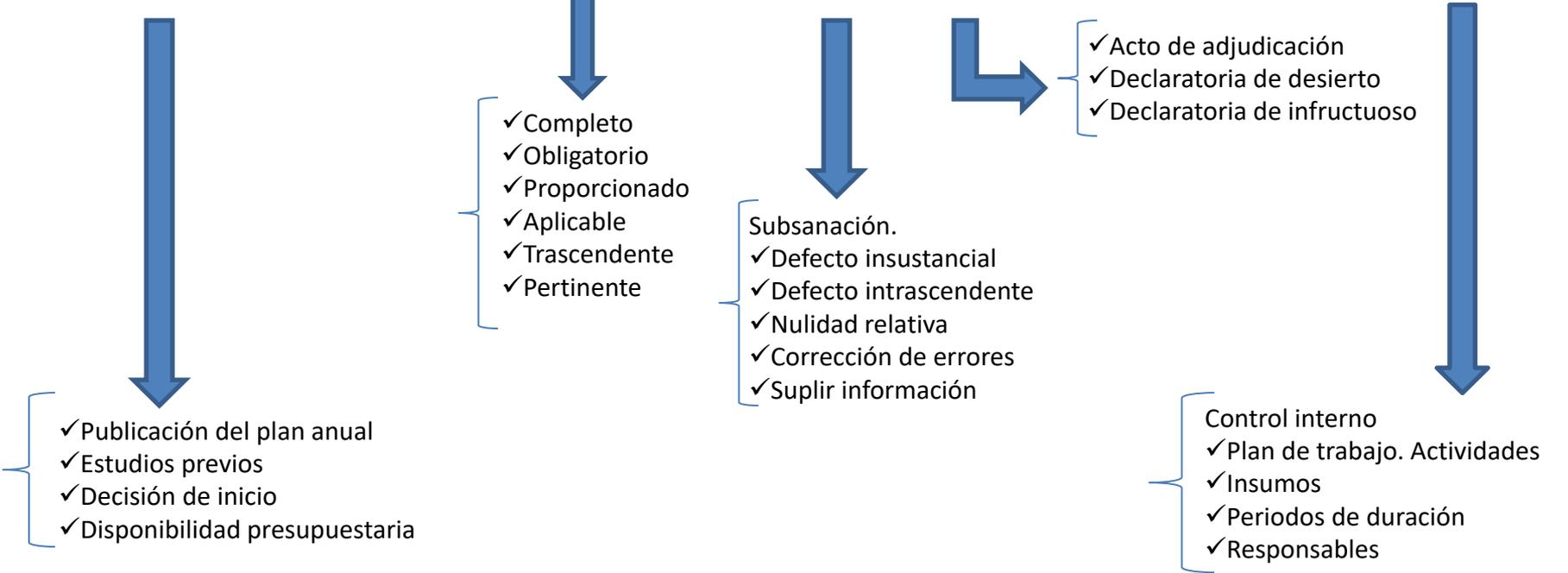
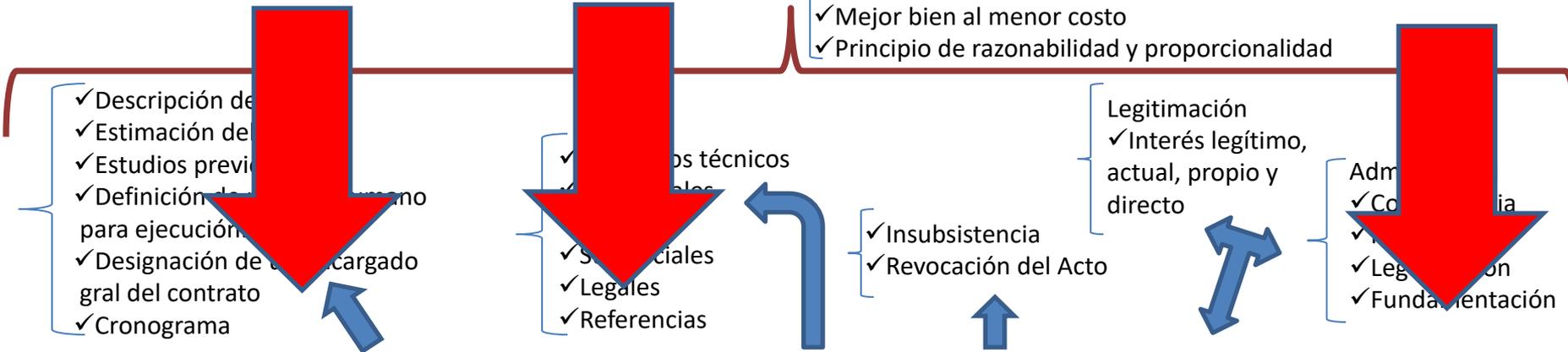
¿qué hay?

- Proceder mediante un acuerdo de bloque (que no es sinónimo de todos los potenciales) entre competidores, provoca afectación en precio (sí) pero igual en otros elementos importantes (condiciones, calidad, garantías, etc.)
- La colusión no permite, por ejemplo, mejorar ni tratar de dar un mejor producto o servicio.
- Y así el consumidor se ve afectado al no tener opciones de elección.
- Es decir, en esta cuasi condición de monopolio, las empresas poseen un alto poder en el mercado, que le permite fijar los precios, la cantidad, la calidad y las condiciones comerciales de los bienes y servicios que uno u otro de los que están de acuerdo, ofrece a los consumidores, limitando con ello las posibilidades que debería tener un consumidor, para elegir entre otros bienes o servicios iguales o similares; y más, si es el interés público el que justifica la necesidad de compra.

PROCEDIMIENTO BASE DE COMPRA PÚBLICA

Principios

- ✓ Interés público
- ✓ Sana administración de los fondos públicos
- ✓ Promover la competencia
- ✓ Mejor bien al menor costo
- ✓ Principio de razonabilidad y proporcionalidad



Competencia

Si no hay competidores, podrían imponerse condiciones de venta, calidad, precios y servicios desfavorables, por lo que los consumidores no tendrán opciones de elección.

El hecho de que los consumidores dispongan de varias alternativas condiciona el comportamiento de la empresa, ya que si ofrece su producto en condiciones menos satisfactorias que el resto de empresas competidoras, el cliente podrá optar por acudir a otro proveedor que le ofrezca mejores condiciones.

Ante la competencia, las empresas se ven obligadas a moderar sus precios, a mejorar la calidad de sus productos y a ofrecer un mejor servicio al cliente.

/ Eficiencia

Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados... uso eficiente de los recursos institucionales.

...

En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente...

Oferta (s) colusoria (s)

Podría conceptualizarse como la coordinación entre agentes económicos en las compras públicas con el propósito de eliminar o afectar la competencia en dichos procesos y así manipular en beneficio de intereses privados y no del público.

(Por lo que estas conductas inciden negativamente en los objetivos públicos, especialmente la promoción de la competencia, libre concurrencia, eficiencia, transparencia y mejores condiciones posibles para la Administración en estos procesos)

Un ejemplo: Art. 30 RLCA-CR

- Se estimarán inaceptables y en consecuencia motivo de exclusión de la oferta que los contenga, los siguientes precios:
- ...
- ...
- ...
- Precio producto de una práctica colusoria o de comercio desleal.
- La Administración deberá acreditar en el estudio de ofertas, mediante un estudio técnico, las razones con base en las cuales concluye que el precio es inaceptable, y de ser pertinente informar por escrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Art. 30 RLCA-CR

Precio producto de una

práctica colusoria o de

comercio desleal.



PROBLEMA

Precisión: más que una práctica colusoria (precio)...

Art. 96 LCA-CR (apercibimiento)

Sanciones

- a) No incorporar oportunamente, debiendo hacerlo, documentación atinente al expediente administrativo.
- b) ...
- c) No incluir en un informe o dictamen datos relevantes para el estudio de las ofertas, cuando se determine que los conocía al rendir su dictamen.
- d) ...
- e) ...
- f) ...
- g) ...
- h) Faltar al deber de diligencia que le compete al funcionario que ocupa el puesto que ocupa, ya sea por culpa, imprudencia o impericia causando un daño real a los particulares o a la Administración, durante un procedimiento de contratación, siempre que la gravedad de las circunstancias y la cuantía del daño no ameriten una sanción mayor.
- i) ...
- j) ...

No hay sanciones previstas para los
oferentes, adjudicatarios o contratistas
REMISIÓN OBVIA A LEY No. 7472

Art. 11-CR, prácticas monopolísticas absolutas

- Las prácticas monopolísticas absolutas son los **actos**, los **contratos**, los **convenios**, los **arreglos** o las **combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí**, con cualquiera de los siguientes propósitos:
 - a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
 - b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.
 - c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.
 - **d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.**
- Para la aplicación de este artículo, la Comisión para promover la competencia, de oficio o a instancia de parte, ejercerá el control y la revisión del mercado de los productos cuyos suplidores sean pocos.
- Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y se sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos.

Art. 12-CR. Prácticas monopolísticas relativas

Sujeto a la comprobación de los supuestos referidos en los artículos 13, 14 y 15 de esta Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

a) La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí.

b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.

c) ...

d) ...

e) La **concertación entre varios agentes económicos** o la **invitación** a ellos para **ejercer presión** contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.

f) La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal.

g) En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada.

acuerdo...

condiciones de venta, calidad, precios y servicios
desfavorables

**Establecer, concertar o coordinar las ofertas o
la abstención**

la construcción de los acuerdos colusorios pero: ¿dónde, cómo?

- en el lobby previo a la decisión inicial
- en el lobby que se da en el proceso de elaboración de los pliegos de condiciones
- en el proceso de aclaración u objeción de los carteles

- Reflejo:
- Distribuyen 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)
 - Otros
 - = (ganancias para todos)

sospechar

El caso
del
papel

1. Presentación de ofertas idénticas, eliminando así cualquier competencia a través de los precios.

2. Se turnas las adjudicaciones.

Ok... al
mismo
fax (¿?)

3. Uno o varios se abstienen de participar para asegurar que determinado ofertante o postor sea el ganador.

4. 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. Ofertas con posturas poco usuales en precio, cuestiones de calidad, etc.

sospechar

6. Conducta en los 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. Se aprecian siempre los mismos ofertantes con una rotación de ofertas ganadoras.

10. La conducta administrativa (activa o pasiva) en los términos o pliegos de condiciones (régimen recursivo o aclaraciones/modificaciones)

sanciones, 25, CR

La Comisión... puede ordenar, mediante resolución fundada y tomando en consideración la capacidad de pago, a cualquier agente económico que infrinja las disposiciones contenidas en el capítulo III de esta Ley, las siguientes sanciones:

a) La suspensión, la corrección o la supresión de la práctica o concentración de que se trate.

b) La desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio del pago de la multa que proceda.

c) El pago de una multa, hasta por sesenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber declarado falsamente o haberle entregado información falsa a la Comisión para promover la competencia, con independencia de otras responsabilidades en que incurra.

d) El pago de una multa, hasta por cincuenta veces el monto del menor salario mínimo mensual por retrasar la entrega de la información solicitada por la Comisión para promover la competencia.

e) El pago de una multa, hasta por seiscientos ochenta veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en una práctica monopolística absoluta.

f) El pago de una multa, hasta por cuatrocientas diez veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en alguna práctica monopolística relativa.

sanciones, 25, CR

g) El pago de una multa, hasta por cuatrocientas diez veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en alguna concentración de las prohibidas en esta Ley.

h) El pago de una multa, hasta por setenta y cinco veces el monto del menor salario mínimo mensual, a las personas físicas que participen directamente en las prácticas monopolísticas o concentraciones prohibidas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas.

En el caso de las infracciones mencionadas en los incisos del e) al h) de este artículo que, a juicio de la Comisión para promover la competencia, revistan gravedad particular, esta Comisión puede imponer como sanción una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o una hasta por el diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor. De esas dos multas se impondrá la que resulte más alta.

Para imponer tales sanciones deben respetarse los principios del debido proceso, el informalismo, la verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad y la publicidad, los cuales informan el procedimiento administrativo estipulado en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública.

Si el infractor se niega a pagar la suma establecida por la Comisión para promover la competencia, mencionado en los incisos d) a h) de este artículo, la Comisión certificará el adeudo, que constituye título ejecutivo, a fin de que, con base en él, se plantee el proceso de ejecución en vía judicial, en los términos que se dispone en el Código Procesal Civil.

(Relación Particular con las
Pymes)

Pymes perciben más apoyo en compras públicas, pero no ventajas reales

Al 2011, 601 Pymes habían vendido sus productos o servicios al Estado, según Digepyme. El 83% de ellas se concentraron en el Área Metropolitana.

Recomendar 0 Twitter 0

PYMES@ELFINANCIERO.CR.COM / 22 FEB 2013, 03:00 P.M.

María Fernanda Landaeza

De acuerdo a un estudio del Centro de Gestión Tecnológica e Informática Industrial (Cegesti) las pequeñas y medianas Empresas (Pymes) **consideran que la única ventaja real al participar en compras públicas se observa en los casos de desempate.**

Esto es, cuando una pyme y una empresa grande compiten por una licitación y cumplen las condiciones por igual, la institución pública debe discriminar positivamente a favor de la Pyme.

No obstante, en los últimos diez años, tiempo de vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas, el sector ha notado cambios positivos principalmente en la simplificación de trámites gracias a los sistemas de compras en línea Compra Red y Merlink.

Barreras

Competencia por precio. El reclamo principal de las 53 Pymes encuestadas para el estudio es que el precio es el criterio determinante de compra. Asimismo, destacaron que para venderle al Estado se han encontrado barreras como la burocracia, falta de información y formas de pago inadecuadas.

Garantía. Una limitante es que las empresas deben utilizar su propio efectivo para cumplir con el requisito de garantía de cumplimiento. Aunque el Fondo para el Fortalecimiento para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Fodemipyme) contempla en sus usos brindar apoyo en esta materia, las Pymes lo desconocen.

El Fondo, por su parte, no lo contempla en su promoción, afirmó Cegesti en las hallazgos del estudio. En el 2011 otorgó garantías.

"Aunque se conociera no creemos que sería diferente", afirmó Aguilar. Recalcó que al ganar una licitación la empresa tiene 10 días para dar la garantía y Fodemipyme no funciona tan rápido.

La legislación también establece que la Administración tiene la facultad de devolver parcialmente la garantía en caso de incumplimiento; sin embargo, el estudio indica que en la práctica no se lleva a cabo, lo que afecta el flujo de caja de las Pymes.

PYMES pueden dinamizar las relaciones entre América Latina y la Unión Europea, afirma CEPAL

FEBRERO DE 2013

ESTILLO

Las micro, pequeñas y medianas empresas (pymes) pueden jugar un papel importante en la dinamización de las relaciones entre América Latina y el Caribe y la Unión Europea, considerando el significativo peso que estas empresas tienen en la actividad económica de los países de ambas regiones.



Las pymes en América Latina y Europa representan cerca del 99% del total de las compañías y emplean a 87% de la población. CRH.

Documento elaborado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Asociación de Cámaras de Comercio e Industria Europeas (Asociación de Cámaras Europeas), reúne las visiones de cerca de 50 líderes empresariales y de

Oportunidades reales o fantasías



Política de fomento de las pymes: la situación usual

GASTOS DE LAS INSTITUCIONES DE FOMENTO A PYMES *(Como porcentaje del PBI)*

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 (República Bolivariana de)	0,024
Honduras	0,005	América Latina	0,018

Fuente: 2005, *Microempresas y pymes en América Latina*. Ponencia de Giovanni Stumpo, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, CEPAL

el objetivo que no se debe olvidar

- “... 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.”

- Fuente: Perspectivas Económicas de América Latina 2013. Políticas de Pymes para el cambio estructural.

qué logramos de comprender el rol de las Pymes articuladas...

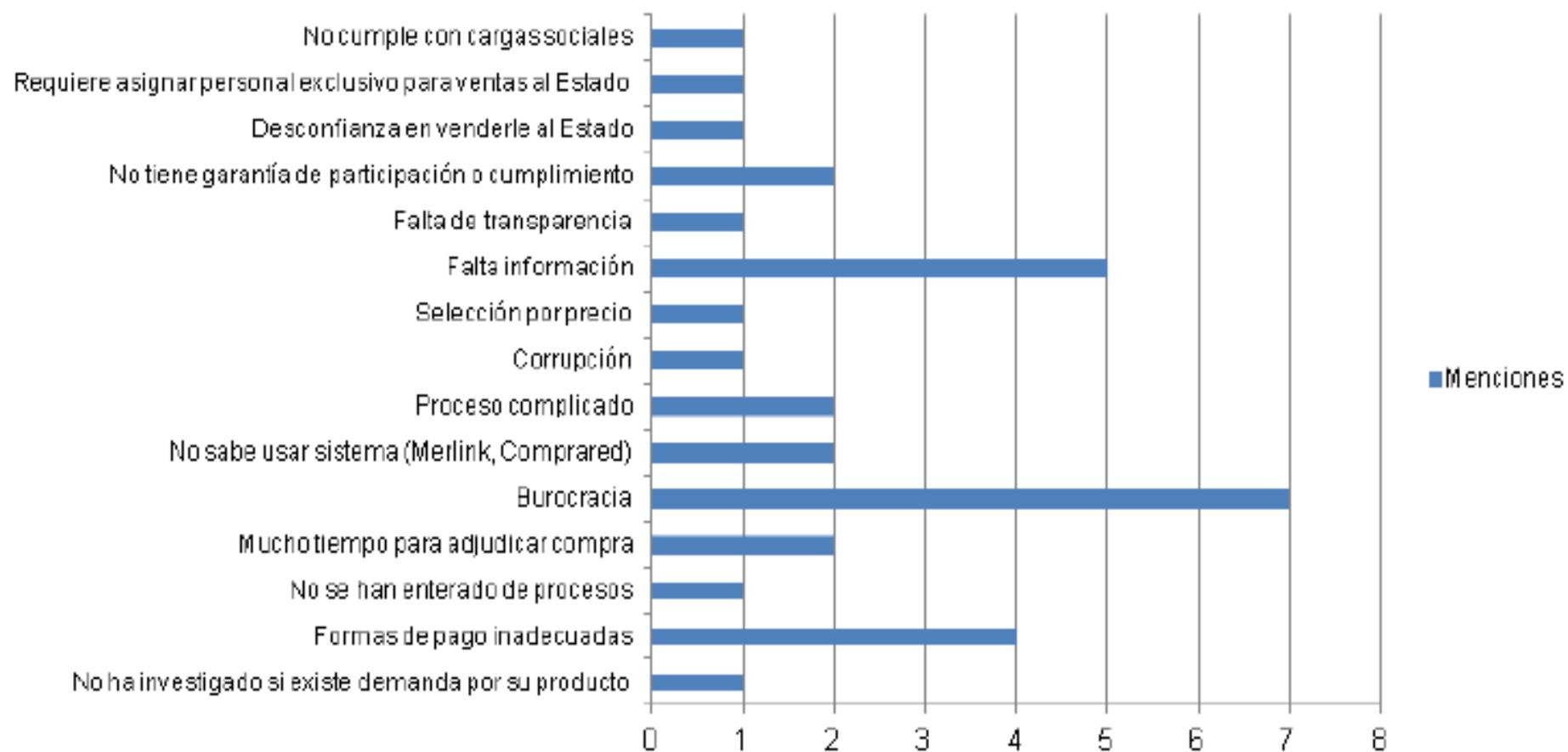
- ❖ Pueden contribuir a aumentar la productividad mediante la introducción de cambios tecnológicos y organizativos.
- ❖ Complementan las economías de escala de las grandes empresas, desde el menor costo y flexibilidad que representan.
- ❖ Provocan competencia.
- ❖ Desarrollan un papel importante en la 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.
- ❖ Contribuyen a la inclusión social al aumentar los ingresos de las microempresas y reducir la vulnerabilidad.

pero (entre otros) tenemos

- Lo costoso y complejo que es el trámite de registro de proveedores, con disposiciones variables en cada registro.
- Lo complicado que es el proceso de creación de ofertas.
- La tendencia a considerar el precio como el factor de adjudicación final, con pobres pliegos de condiciones o “estrictos”.
- La tardanza en el pago y la rendición de garantías de participación o cumplimiento.
- La falta de estandarización de los documentos más importantes.
- La escasez de oferta allende los centros de región o capital.

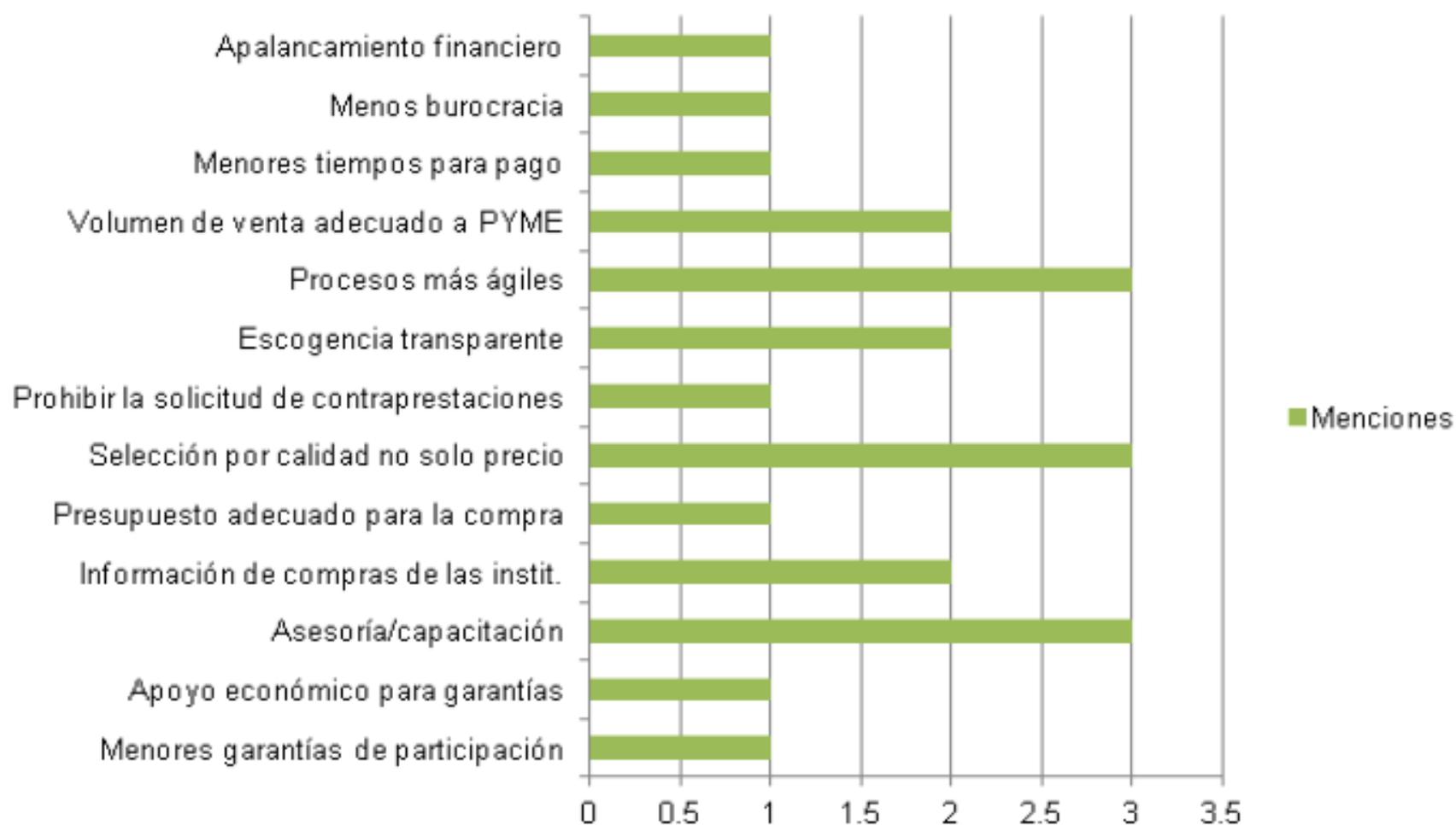
Cegesti

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



Cegesti

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



Muchas gracias