

Estudio legal sobre la participación de Micro y Pequeñas Empresas en las Contrataciones Públicas en el Paraguay

Al igual que muchos otros países en la región, la pobreza es el principal problema por atender en el Paraguay. El PIB per cápita en el año 2004 alcanzó apenas a 1,170 dólares, siendo uno de los más bajos de la región. Según la Encuesta Permanente de Hogares del año 2005, 2.2 millones de personas, o sea 38.2% de la población, es pobre, con una tasa de pobreza extrema de 15.5%. La principal causa de ésta situación es la falta de oportunidades de empleo tanto urbano como rural (en especial para los jóvenes) y ha sido una de las debilidades de la economía paraguaya en los últimos años. Según la EPH, existen en Paraguay 969 mil personas, o sea 35 por ciento de la PEA, que para el año 2005 tenían problemas laborales¹.

En el Paraguay, las micro y pequeñas empresas (MYPE) son generadoras de casi el 80% de empleo nacional², y por lo tanto, cumplen un rol estratégico en la generación de empleo, el cual requiere ser promovido para aprovechar su potencial para la generación de ingresos, la dinamización de la economía local y la reducción de pobreza. Para ello, se requiere facilitar la constitución y el funcionamiento legal de las MYPE, su participación en mercados nacionales e internacionales, así como su competitividad en estos mercados.

Un mercado nacional importante es el de las contrataciones públicas de obras, bienes y servicios, dónde las MYPE han demostrado poder ser competitivos, a la vez generando entre 2 y 5 veces más empleo mediante el uso intensivo de mano de obra. Un estudio de la OIT para el Paraguay ha mostrado que las inversiones públicas en obras aptas para ser ejecutadas por MYPE y organizaciones basadas en la comunidad (OBC)³ usando tecnologías intensivas en empleo, alcanzan a más de mil millones de dólares para el periodo 2006-2009. Aplicando éste enfoque el país podría generar entre 17 y 34 mil empleos adicionales por año (entre 10 y 21% del desempleo abierto). Estos datos muestran la importancia e impacto que puede tener la participación de las MYPE y OBC en el mercado de contrataciones públicas, no solamente para obras de infraestructura, sino también en la prestación de servicios públicos, volviéndose una herramienta importante del Estado en la reducción de la pobreza y la desigualdad.

Este estudio tiene como objetivo contribuir a mejorar las condiciones de acceso y participación efectiva de las MYPE y OBC en las contrataciones públicas, identificando las principales barreras legales que limitan su actual contratación, incluyendo las barreras referidas a su formalización legal (permisos de apertura y funcionamiento), lo cual habilita su capacidad legal para ser contratista del Estado. El estudio, al respecto, aporta un conjunto de recomendaciones legales que pueden servir para superar estas barreras legales y que contribuyan a las políticas y estrategias nacionales de generación de empleo y la reducción de la pobreza y la desigualdad en el país⁴.

¹ 162 mil desempleados, 187 mil subocupados visibles, 511 mil subocupados invisibles y 108 mil desempleados ocultos

² EPH 2005: Empleo en empresas con hasta 20 personas, no incluyendo empleados domésticos. Casi 75% esta empleado en empresas con hasta 10 personas, y casi 67% en empresas con hasta 5 personas.

³ Las organizaciones basadas en la comunidad (OBC) representan a la comunidad en las contrataciones comunitarias, dónde se transfieren fondos (públicos) a la comunidad para que ésta se responsabilice para la gestión y ejecución del proyecto, contratando a su vez la mano de obra y los proveedores de servicios requeridos para el cumplimiento del contrato.

⁴ Es importante mencionar aquí que en la versión actual de la Estrategia Nacional de Reducción de Pobreza y Desigualdad, se ha eliminado las referencias a la promoción de micro y pequeñas empresas, que sin embargo si estaban incluidas en las versiones anteriores, resultando en una debilidad de ésta estrategia.

PARTICIPACIÓN DE LAS MYPE Y OBC EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

El principal problema con respecto a la Ley de Contrataciones Públicas, es que los procedimientos para las distintas cuantías son poco diferenciados, resultando en altas exigencias⁵, incluso para los contratos de menor cuantía que son de mayor interés para las MYPE y OBC. Esta situación es agravada por el hecho que pueden existir diversos niveles de discrecionalidad de las convocantes en la fijación de los requisitos o condiciones en los pliegos e invitaciones, cuyos parámetros o criterios pueden ser desproporcionados para las características y capacidades de las MYPE y OBC, así como para el tamaño y condiciones de este tipo de contratos. Frente a estas exigencias, las MYPE no cuentan con las condiciones de igualdad real para participar como postor hábil y ser adjudicatario del contrato.

Aparte de las altas exigencias, otra barrera legal importante encontrada en el estudio es que no existen criterios ni procedimientos expresos que permitan orientar o dirigir las contrataciones públicas a favor de las MYPE. Aunque la Ley de Contrataciones Públicas cuenta con varios mecanismos para otorgar preferencia a ciertos postores, tanto en la calificación como postor⁶, así como en la evaluación de ofertas⁷, el uso de estos mecanismos es solamente permitido bajo limitadas circunstancias, no siendo posible actualmente su utilización para promover la participación de las MYPE.

Al respecto, la DGCP puede jugar un rol importante en promover la participación de las MYPE en la contratación pública, desarrollando distintos modelos estándar de pliegos e invitaciones para los diferentes procedimientos, y adecuándolos a la situación de las MYPE. Especialmente en los procedimientos de menor cuantía podría promoverse el uso de exigencias menores y la implementación de mecanismos más flexibles (por ejemplo en el caso de las garantías). Asimismo, se recomienda que la DGCP cree un registro voluntario de contratistas MYPE facilitando su postulación en las contrataciones públicas, y que regule el uso de los contratos de Consorcio, que son una alternativa excelente para asegurar una mayor y mejor participación de las MYPE en los procesos de contratación pública.

Aunque la Ley en su artículo 7 hace referencia explícita a la promoción de la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas, este artículo no ha sido aún implementado a través de un desarrollo reglamentario ni existen medidas y procedimientos operativos específicos. Por lo tanto, se recomienda la reglamentación de dicho artículo, posibilitando el uso de mecanismos legales para promover la participación efectiva de las MYPE, específicamente para los procedimientos de menor cuantía. Este reglamento podría a la vez facilitar procesos de adquisición en paquetes accesibles a las MYPE, y flexibilizar la participación de oferentes MYPE en mora con el Estado. Aunque ciertas medidas podrían requerir modificatorias a la propia Ley de Contrataciones Públicas, el propósito de las recomendaciones presentadas es establecer la mayor cantidad de mecanismos facilitadores a través del Decreto Reglamentario.

Para el caso de la contratación comunitaria, es pertinente señalar que existe una alternativa al régimen de contrataciones públicas, mediante la transferencia de fondos públicos a organizaciones sin fines de lucro. Bajo este esquema, las OBC funcionan como unidades ejecutoras o entidades de gestión con capacidad legal de contratación, bajo el marco del convenio suscrito. Este mecanismo si bien puede ser mejorado, especialmente para asegurar su transparencia y eficiencia, es un excelente instrumento para orientar las inversiones públicas

⁵ Principalmente las exigencias o requisitos de capacidad legal (formalidad), capacidad financiera (garantías) y capacidad técnica (equipamiento, recursos, personal, experiencia).

⁶ Selección directa y precalificación de postores.

⁷ Margen de preferencia en licitaciones internacionales, puntos y porcentajes en la contratación de servicios de consultoría, factores ponderados.

en obras y servicios hacia la generación de empleo y la contratación local con MYPE y OBC, tanto al nivel de municipios como de programas nacionales.

FORMALIZACION LEGAL DE LAS MYPE Y OBC

Uno de los problemas críticos que afectan el acceso de las MYPE a la contratación pública es el alto grado de informalidad que tiene el sector, lo que tiene que ver con la falta de los permisos administrativos de operación, pero sobretodo con el incumplimiento de las obligaciones tributarias y laborales⁸. En el Paraguay, el marco regulatorio y las normas para la constitución legal de una empresa y el cumplimiento con las obligaciones laborales y tributarias, son innecesariamente complicados y costosos para las MYPE, sin que existan claros beneficios para mantenerse en la formalidad. Por lo tanto, uno de los principales problemas legales por atender para mejorar el acceso y participación de las MYPE y OBC en los procesos de contratación pública, es facilitar su formalización, lo cual incluye mecanismos de simplificación para su constitución y funcionamiento legal.

Es importante señalar que más del 70% de las empresas funciona en condiciones de informalidad, y de las pocas que se formalizan, la gran mayoría opta por la modalidad de organización con menores costos de constitución legal⁹: la Empresa Unipersonal¹⁰. El estudio presenta una serie de criterios que deben tomarse en cuenta en la elección de una modalidad de organización legal¹¹, demostrando las ventajas de algunas modalidades respecto a la contratación pública, y a la vez mostrando sus principales deficiencias, especialmente con respecto a los procedimientos y trámites legales requeridos para su conformación.

El Sistema Unificado de Apertura de Empresas (SUA), con su reducción de procedimientos y la simplificación de trámites legales, si bien puede lograr cierto éxito en facilitar la constitución legal de las MYPE y OBC, no asegurará su permanencia en la formalidad. El estudio demuestra que se requiere un sistema tributario y laboral simplificado y de bajo costo que fomente el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de las MYPE, lo que permita que las MYPE que se han incorporado a la formalidad, se mantengan y consoliden en el sector formal, al mismo tiempo que logran mejoras de gestión y pueden adecuarse a nuevos niveles de competitividad.

Para ello, el estudio recomienda la creación de una ley de promoción de la micro y pequeña empresa, la cual podría constituir una herramienta clave en la generación de empleo y la lucha contra la pobreza y la desigualdad. Esta ley debe tener como objetivo la focalización y clasificación del grupo meta, así como ampliar la simplificación de los trámites de constitución legal. A la vez debería incluir un conjunto de medidas que facilitan el cumplimiento con la legislación laboral y tributaria por parte de las MYPE, así como el acceso de las MYPE a los mercados nacionales e internacionales, especialmente a las contrataciones públicas, y fomentar la expansión de servicios financieros y de desarrollo empresarial apropiados. Finalmente se

⁸ La existencia de deudas con el Estado provenientes del incumplimiento de las obligaciones laborales y tributarias inhabilita a las MYPE como posibles postores.

⁹ Dependiendo de la modalidad de organización legal, los principales trámites y costos incluyen la autorización del poder ejecutivo, la escritura pública, el capital de constitución, el registro público de comercio, el registro de personas jurídicas y asociaciones, el registro único de contribuyentes y el patente municipal.

¹⁰ Según los datos del año 2002, 88.4% de las empresas registradas en el Ministerio de Hacienda tenían esta modalidad.

¹¹ Los criterios más importantes son: modalidad individual o colectiva, personaría jurídica, responsabilidad limitada, transferencia de la calidad de socio o asociado, distribución de utilidades, actividades comerciales.

recomienda el ajuste de ciertas modalidades empresariales y asociativas¹² de organización, con el fin de promover su uso en las contrataciones públicas.

EL PROGRAMA DE MEJORAMIENTO, GESTIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL

Con el propósito de atender la rehabilitación y el mantenimiento sostenible de la red vial, el Gobierno del Paraguay y el Banco Mundial vienen cofinanciando el Programa de Mejoramiento, Gestión y Mantenimiento de la Red Vial del Paraguay. El Programa tiene como uno de sus objetivos la generación de empleo en zonas rurales por lo que contempla la contratación local de MYPE y OBC para las actividades dentro de sus alcances.

El estudio demuestra que las distintas actividades de conservación vial requieren varios escenarios de contratación local. En el caso del mejoramiento de caminos de acceso, de uso casi exclusivo de una cantidad limitada de comunidades, se recomienda aplicar el modelo de contratación comunitaria mediante la transferencia de recursos públicos a las OBC, las cuales pueden ejecutar las obras contratando directamente la mano de obra local así como a contratistas y otros proveedores de servicios. En el caso del mantenimiento rutinario de caminos con mayor tráfico y de mayor uso público, se propone la formación y posterior contratación de microempresas, tanto en los caminos afirmados de la red vial rural básica, así como en los caminos pavimentados mediante su subcontratación bajo los contratos CREMA¹³. Para el mejoramiento y la rehabilitación de caminos vecinales de la red vial rural básica, así como su mantenimiento periódico anual, actividades que requieren de cierto equipo y de habilidades avanzadas, se sugiere la contratación de pequeñas empresas contratistas, preferentemente locales.

Respecto a la aplicación del marco legal actual, el estudio observa que existen condiciones favorables en el caso de los convenios de transferencias de recursos públicos a OBC o MYPE. De igual manera para la subcontratación del mantenimiento rutinario con microempresas bajo el esquema CREMA, no habría mayores limitaciones legales. Sin embargo, para la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas existen diversas limitaciones legales que no permiten asegurar la contratación selectiva de las MYPE, tanto en las obras de mejoramiento vial como en el mantenimiento rutinario, imposibilitando la promoción y el fortalecimiento de las empresas a desarrollarse. Mediante una reglamentación del artículo 7 de la Ley, se puede establecer un conjunto de medidas favorables orientadas para este fin, aunque es probable que su implementación pueda demorar un mayor tiempo o incluso ser insuficiente, lo cual afectaría la puesta en marcha del Programa que se encuentra ya aprobado. Por esta razón se recomienda aplicar la legislación nacional en aquellos casos en los cuales no existen restricciones legales, y las normas especiales de contratación del Banco Mundial para los otros casos, en tanto se realizan los cambios y adecuaciones legales necesarios¹⁴.

Finalmente, se recomienda elaborar un diseño detallado para definir los criterios específicos para la aplicación de los distintos escenarios y modelos de contratación mencionados, así como para diseñar el ciclo completo de promoción, conformación, capacitación, contratación, supervisión y acompañamiento técnico, social y empresarial de las MYPE y OBC a ser promovidas. El estudio también señala la necesidad de fortalecer las limitadas capacidades técnicas y empresariales de las MYPE y OBC, por lo que será necesario diseñar un sistema de

¹² Mientras en el caso de las contrataciones públicas las modalidades empresariales tienen importantes ventajas, en el caso de las transferencias de recursos públicos a organizaciones sin fines de lucro, las modalidades asociativas forman alternativas importantes.

¹³ Contrato de rehabilitación y mantenimiento.

¹⁴ La reglamentación de la Ley de Contrataciones Públicas e incluso cambios a la propia Ley y la promulgación de una ley de promoción de la MYPE.

capacitación y acompañamiento. Asimismo, debe incluirse también la capacitación de personal y consultores del Programa y del sector público para cumplir con su nuevo rol como administradores y supervisores de pequeños contratos de obras y servicios, intensivos en mano de obra.