

# El 'sobrecosto jurídico' en las compras y contrataciones del Estado

SEGURIDAD JURÍDICA, CONTRATACIONES DEL ESTADO Y DÉFICIT DEL  
ESTADO (Un enfoque diferente del problema del gasto público)

1er. borrador

Horacio M. Lynch\*

LYNCH & ASOCIADOS - *Abogados*

(\*) Con la colaboración del Dr. Luciano Hurtado y del estudiante Augusto Vecchio.

Buenos Aires, Noviembre 2001 - Mayo 2003

Esta presentación no puede ser interpretada sin el estudio a que se refiere

**Esta presentación se vincula al estudio “SEGURIDAD JURÍDICA, CONTRATACIONES DEL ESTADO Y DÉFICIT DEL ESTADO” de Horacio M. Lynch como continuación de anteriores trabajos sobre la seguridad jurídica en la Argentina y sus efectos sobre el desarrollo y la economía.**

**1993 - Justicia & Crecimiento económico (concurso Adeba)**

**1997 - Justicia & Desarrollo Económico ( Director del ainvestigación CACBA, FORES con auspicio del CE)**

**1999 - ANALYSIS OF THE IMPACT OF THE JUDICIARY’S PERFORMANCE ON THE ECONOMY FORES, Fraser, The Tinker Foundation Inc.**



# Afirmaciones



En este trabajo se afirma que, garantizando el pago al proveedor, la administración pública ahorraría us\$ 5,000 M. en sus compras. Se propone un sistema parecido a la de 'carta de crédito' con un fideicomiso.

Además, que el Estado tiene que utilizar su poder de compra, para bajar los precios y evitar el alto costo de las licitaciones, permitir su mejor control.

# ¿Que hace el Estado?



(una doble función)



Como prestador de servicios a los ciudadanos

Como comprador de bienes y servicios.



# Nuevos mecanismos perversos

PROPIEN SUPRIMIR JUICIOS CONTRA EL ESTADO Y CESAR CONTRATOS VIGENTES

Los proveedores del Estado tienen... demoras en cobrar

Hospitales pagan sobrepagos insólitos

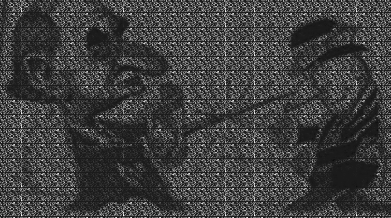
Privilegio polémico: jueces quieren... juicios contra el Estado

El Gobierno... discute por sus deudas

Seno: vuelven las licitaciones a dedo

La primera licitación será el próximo 17 de febrero. Ganará el que ofrezca mayor porcentaje.  
**Proveedores: se conoció mecanismo para cobrar las deudas del Estado**

De la Rúa quiere suspender juicios contra el Estado y contrataciones



# Esquema



Ia. Parte Planteo



Ila. Parte Soluciones y propuestas



Illa. Parte Conclusiones



# Ia. Parte: Planteos



(1,1) Datos

(1,2) Patologías

(1,3) Causa

(1,4) La IN-seguridad jurídica

(1,5) Diagnósticos errados

(1,6) ¿Cuál es más justificada?: la desconfianza del Estado en los proveedores o la inversa

(1,7) El no uso del poder de compra y la atomización de los contratos

# (1,1) Datos

Cuánto gasta

Us\$10,000 MM

Sobrepuestos

Mínimo 40%

Ahorro posible

us\$ 3,000MM

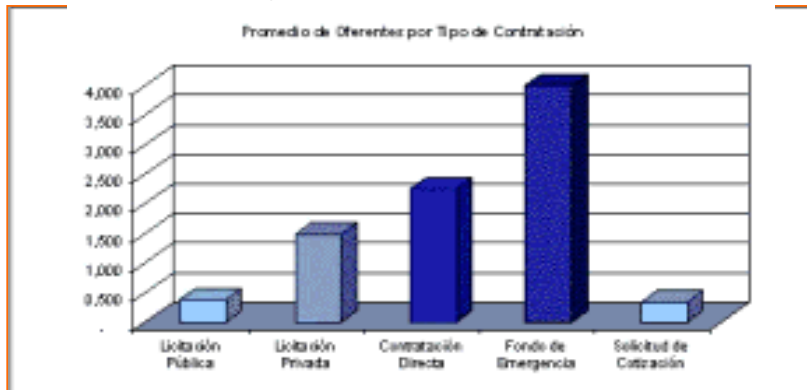
Cuánto fue el ahorro en sueldos y jubilaciones

us\$ \_\_\_\_\_MM

# (1,2) Patologías

## Distorsión del sistema usual de contrataciones

Compras hospitales públicos, 2002: FUENTE: Mercadostransparentes.com



¿Porque ocurre esto?

Alto costo, lentitud y no impide práctica ilegales

## (1,2) Patologías

### Causas

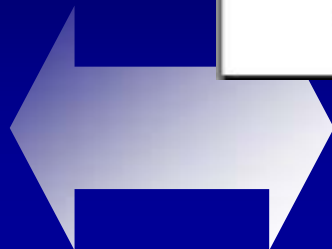
(de los sobrepuestos)

“Según el informe ‘Massoni’ al Estado se le cotiza entre un 40% a un 70% más que el precio del mercado”



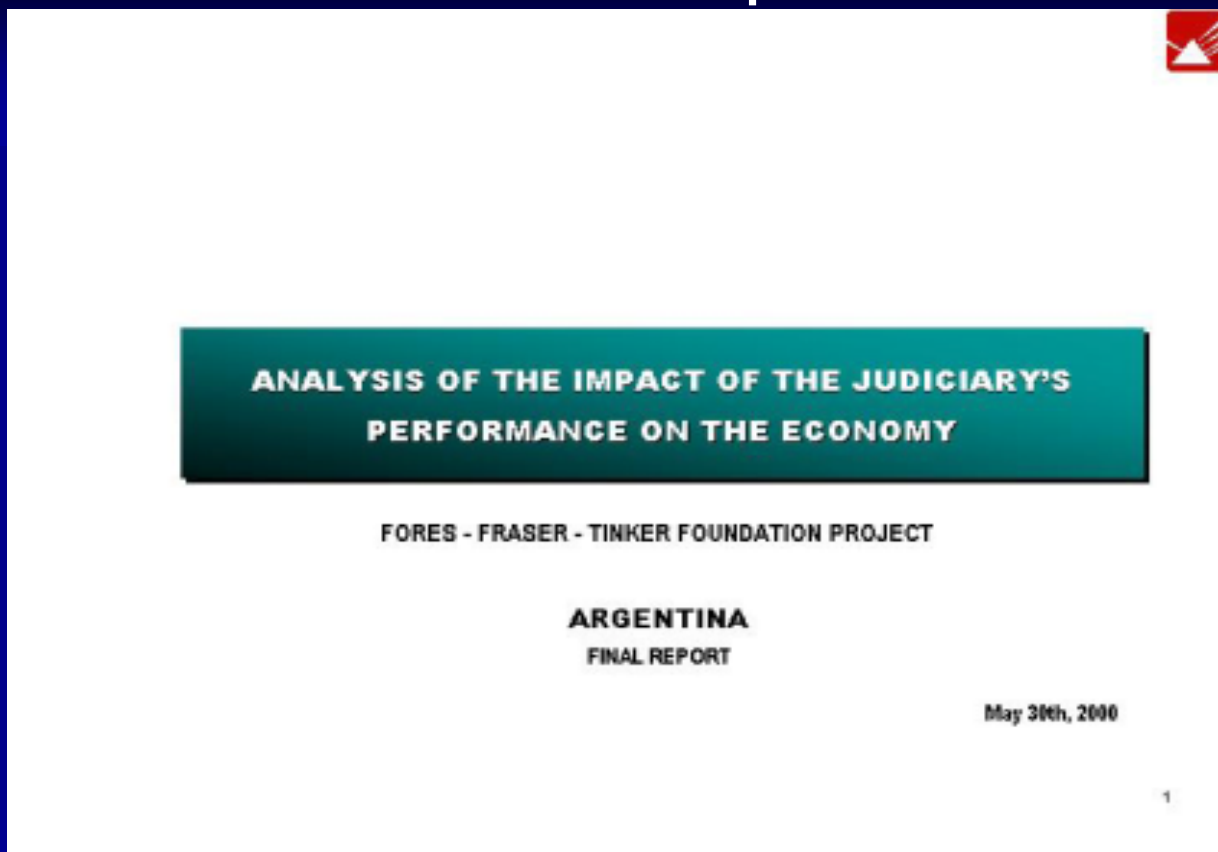
¿Cuál es la causa *más* importante?

La corrupción



La inseguridad jurídica

# (1,3) Causas de los sobrepuestos



Estudio FORES- FRASER- TINKER (1999/2000)

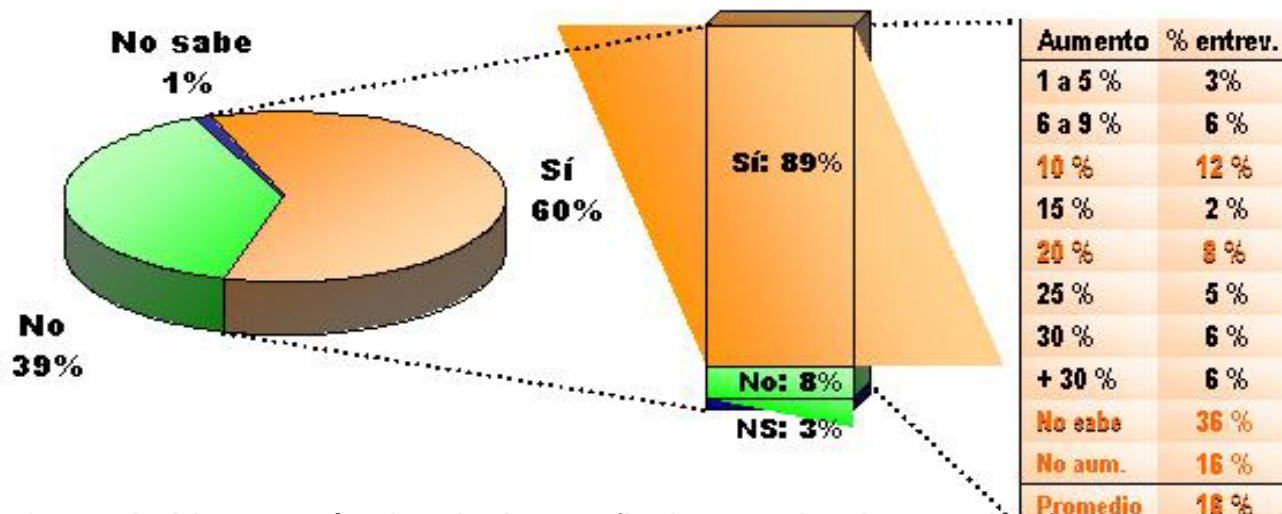


## (1,3 Causas de los sobrepuestos)

### OPINIONES ACERCA DE LA SITUACIÓN ACTUAL, EN LO REFERENTE A NEGOCIOS CON EL ESTADO

*Es riesgoso realizar negocios con el Estado en la actualidad?*

*Las empresas tienden a aumentar sus precios cuando realizan negocios con el Estado?*

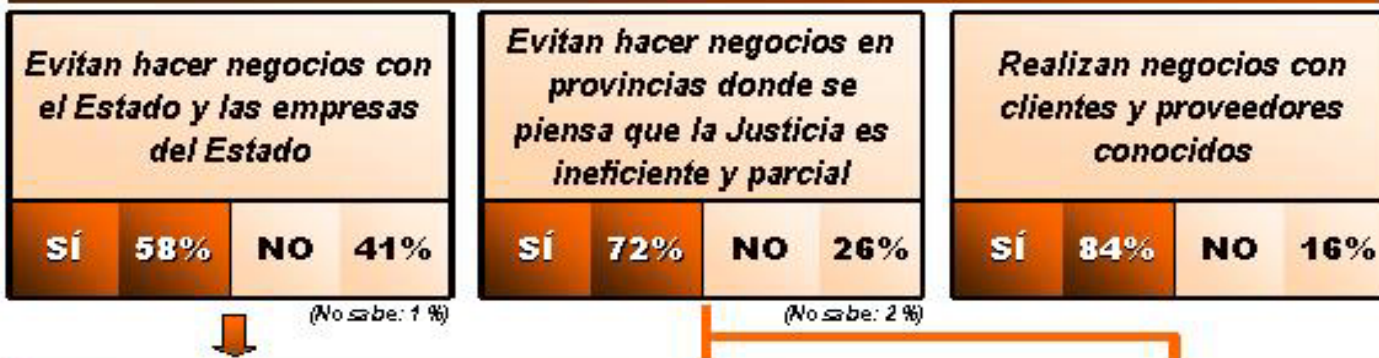


Aunque los guarismos hablan por sí solos, invito a reflexionar sobre lo que significa que casi el 60% de los empresarios encuestados coinciden con que es riesgoso contratar con el estado.

También recuerdo que la situación del país, al momento de la Encuesta, no estaba tan deteriorada como en mayo del 2003.



### CONSECUENCIAS EN LAS OPORTUNIDADES DE NEGOCIOS



### POSIBLE REACCIÓN ANTE MEJORAS



Las consecuencias parecen naturales: frente al riesgo que implica, evitan hacer negocios con el Estado, con sus empresas, y evitan hacerlo en aquellas provincias donde la justicia es ineficiente y parcial (paralelamente señalan que aumentarían las inversiones).

## (1,3) Causas de los sobreprecios

# 2

A pesar de no estar enfocado sobre el tema de la seguridad jurídica el informe ‘Massoni’ menciona la inseguridad en el cobro”

Resultados: La inseguridad jurídica aleja a los buenos oferentes (menos oportunidades), baja la calidad de los oferentes y es causa de sobreprecios



## (1,4) Diagnósticos errados

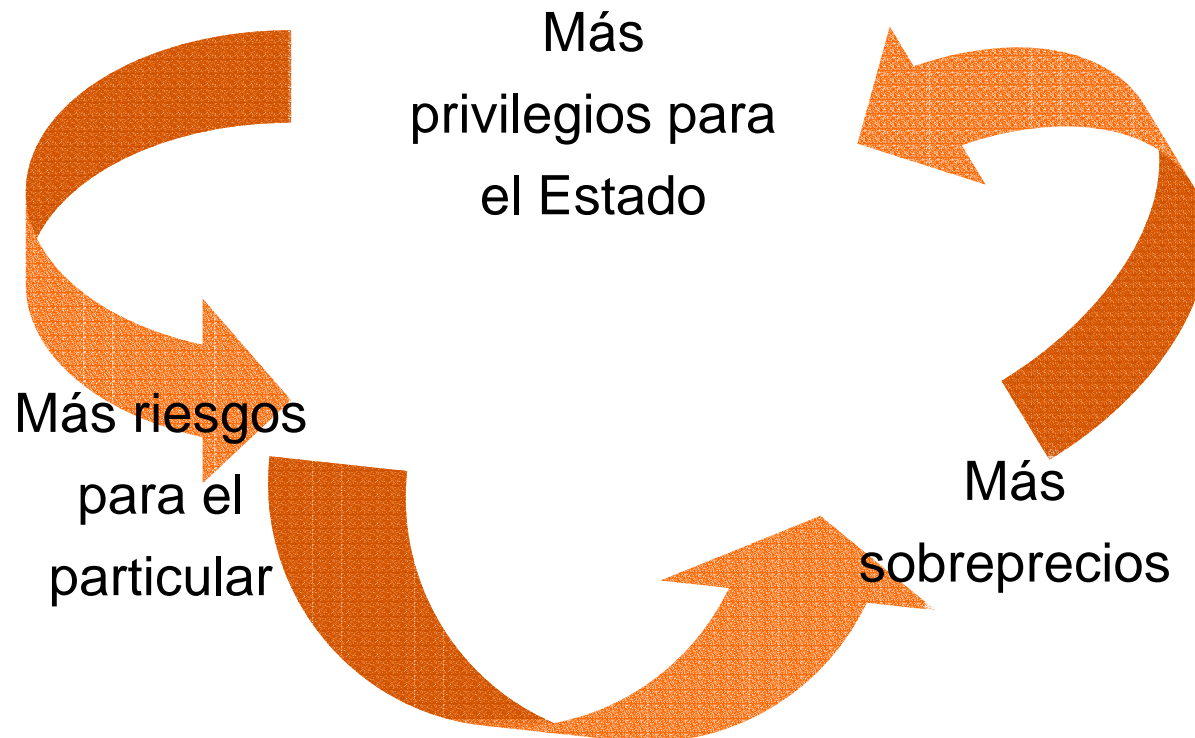


Una ecuación errada: para evitar los sobreprecios - creyendo desprotegido al Estado - se le acuerdan más y más privilegios

- Ius variandi - Exorbitancia - Ley Martinez Raymonda - Pago con BONOS - Postergaciones en los pagos - Plazos- Posibilidad de modificación - Sentencias declarativas - 2002/2003: licitaciones con bonos

# (1,5) Resultados

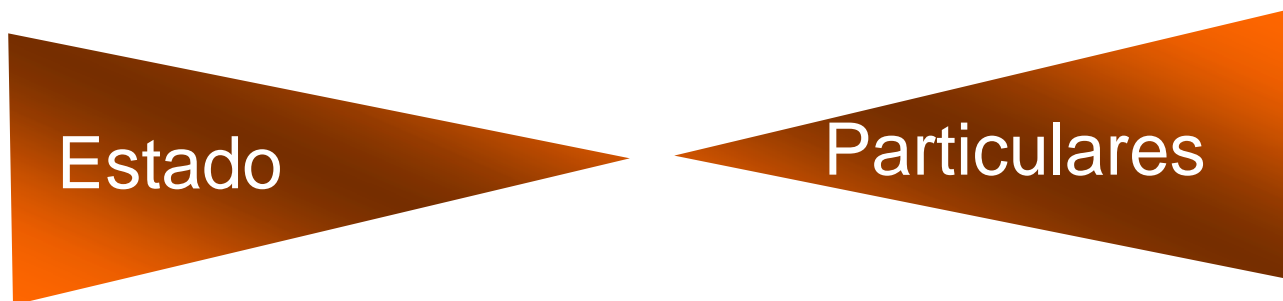
## Un círculo vicioso



## (1,5) Resultados: Diagnóstico errado

La legislación sobre las contrataciones está basada en la desconfianza del Estado en el proveedor particular (Docobo)

¿Piense Ud.: quién es más confiable?



¿Con quien prefiere Ud. contratar : con YPF o con el Estado?

Planteo

Discrecionalidad en la  
elección del proveedor

El 70% de las compras en  
algunos Ministerios es por  
'compra directa'

Privilegios

Historia y  
antecedentes

Leyes emergencia - Pago en  
Bonos - Demoras en los pagos . . .

(La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que  
ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público,  
decretar su caducidad, rescisión o resolución, y determinar los efectos  
de éstas. (Dto. 1023/01, art. 12)

**La desconfianza en  
el Estado y sus  
causas**

Exhorbitancia - *ius variandi*  
- Posibilidad de rescindir

El Estado en juicio

Suspensión de juicios, sentencias  
declarativas, plazos especiales,  
habilitación de la instancia .



# Causas de la desconfianza en el Estado

## La discriminación

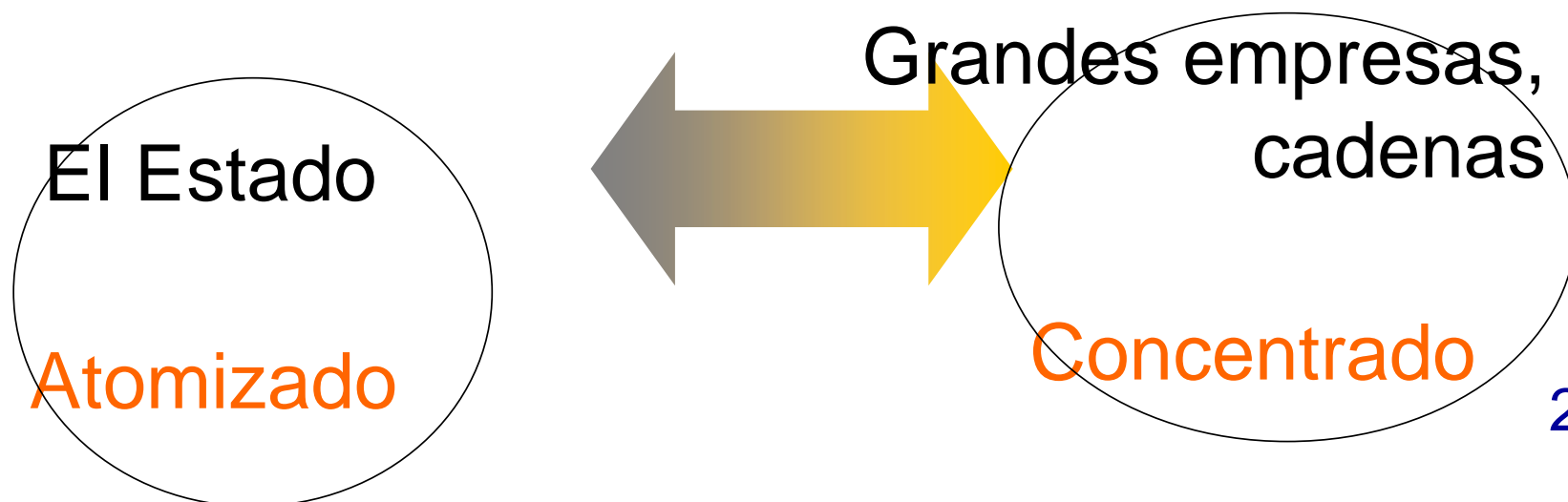
Según la jurisdicción, si son tribunales argentinos o extranjeros.

- En el trato asignado a los acreedores extranjeros vs. nacionales
- Entre los acreedores nacionales, por ej. en la arbitraria fecha de corte de la Ley de Emergencia No. \_\_\_\_ (dic. 2000)

# (1,7) Otro tema, el poder de compra

Grandes contrataciones permiten mejor control

## ¿Cómo utiliza el poder de compra?



# Ila. Parte: Soluciones



2.1 Garantizar el cobro

2.2 Cómo debe contratar el Estado

2.3 Cómo debe cumplir el Estado

2.4 Cómo actuar en un conflicto

## 2.1 Garantizar el cobro

Sistema símil 'carta de crédito' para ventas internacionales: un fideicomiso.

(a) depósito previo de los fondos

(b) cumplimiento verificado por un tercero

## 2.2 Cómo debe contratar el Estado



### Utilizar el 'poder de compra'

Unificar las compras (evitar la atomización)

Amplia difusión en una gran base de datos nacional  
acceso electrónico + e mail

Negociar en el más alto nivel

Evitar los grandes costos de las licitaciones

(1) Comentario de un titular de un laboratorio

## 2.2 Cómo debe contratar el Estado II

- Revisar mecanismos de contratación
- Homogenizar: evitar variantes (licitaciones Cacciatore-Laura)
- Preguntarse (a) la licitación continúa siendo un buen sistema (b) si hay alternativas (*e-procurement*)
- Costo: No se estudian ni se consideran los costos mínimos que tiene una licitación (Ejs. de licitaciones mas costosas que la compra) - Demoras, riesgo de obsolescencia
- La 'nueva' ley de Contrataciones no innova nada: la contratación electrónica no cambiará la esencia, porque las líneas básicas se mantienen)

## 2.2 Cómo debe contratar el Estado III



Revisar costo, dispersión y efectos de la publicidad

Con el gasto de la publicidad en los medios por parte de la administración pública se compran 100 computadoras por día

## 2.3 Cómo debe cumplir el Estado



### Cumplir los contratos

Suprimir el ius variandi

Suprimir el derecho de rescisión

Suprimir todo privilegio

## 2.3 Cómo debe cumplir el Estado



Alternativas a los controles de la propia administración

Controles extranjeros, organismos internacionales,  
PNUD

## 2.4 Cómo actuar en un conflicto



**Básico: distinguir entre acreedores legítimos de los ilegítimos**

El vía crucis de quien tiene que cobrar al Estado: La habilitación de la instancia, el agotamiento de la vía administrativa, el solve et repete. Análisis de la Jurisprudencia. La reciente Ley de Emergencia No.25,344 y su filosofía (Crivelli: 'La emergencia económica permanente'). La discriminación entre los acreedores efectuada en la 'fecha de corte'. La ley Martinez Raymonda. La suspensión de juicios contra el Estado, la suspensiones para censarlos.

## 2.4 Cómo actuar en un conflicto

# Los tribunales administrativos

Fueron creados para a) evitar recurrir a la justicia, b) dar intervención a especialistas (contadores, ingenieros, expertos en informática, fiscalistas)

Tiene que tener recurso judicial (para los particulares)

PERO: ¿ tiene sentido que el Estado nacional apele de las decisiones de sus propios tribunales? ¿ es racional?, ¿ no le quita sentido?

## 2.4 Cómo actuar en un conflicto

Además:

Mediación, evitar demandas

Abogacía privada

Cambio de criterios por resultados

Revisión de los 'privilegios jurídicos'

ADR



## 2.4 Cómo actuar en un conflicto



### Revisión de los ‘privilegios jurídicos’

Agotamiento de la instancia, plazos especiales, situación justicia, . . . . .

### Revisar actuación de la Justicia

El tema de la sobreprotección del Estado en juicio y sus costos

Recordar cómo se defendía el Estado décadas atrás, con altura, no oponía la prescripción por considerarla inmoral.

# Illa. Parte: Conclusiones



(3,1) Importancia del tema

(3,2) Corregir enfoques

(3,3) Política de Estado

(3,4) Recurrir a las TIC Nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones)

(3,5) Resultados



## (3,1) Importancia del tema



Por su mal comportamiento contractual el Estado paga más y pierde en la calidad de los contratistas.

El ahorro que puede realizar en las compras globales la administración pública en todos los niveles implican

---

Conclusiones

# (3,2) Corregir enfoques

El tema de las compras de la administración pública debe ser revisado a fondo, con nuevos criterios y desde diferentes ángulos: eficiencia, corrupción, y seguridad jurídica

Seguridad jurídica:  
nuevos enfoques ...

Administrativistas: (una multitud) ...

Economistas:...

Analizar el fenómeno desde perspectivas interdisciplinarios

Corruptólogos: OA, Moreno Ocampo ...

Expertos en eficiencia: FIEL, Rodriguez Larreta, BMundial

Conclusiones

(3,2) Corregir enfoques II

Debe establecerse una política de Estado al respecto y monitorearse permanentemente. Ejs. de Australia, Nueva Zelanda, Canadá.

Plan Chile Compra / Plan  
Estratégico 2002-2004



**Conclusiones**

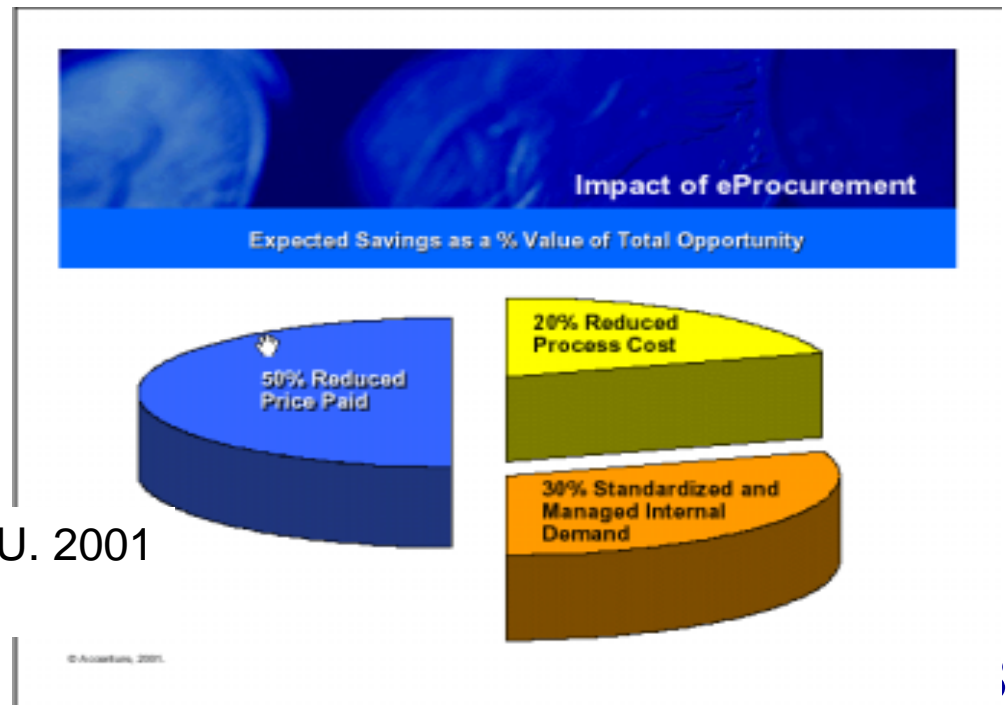
# (3,4) Recurrir a las TIC Nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones)

La contratación electrónica debe ser alentada



E-procurement

Situación EE.UU. 2001



 Conclusiones

## (3,5) Resultados



El ahorro en las compras y contrataciones puede evitar los déficits ( y evitar medidas como fueron las rebajas en salarios de los empleados públicos y en las jubilaciones)



Buenos Aires

**LYNCH & ASOCIADOS**

Abogados

**Consultores jurídico economicos - *Information technology***

**© Horacio M. Lynch**



**Paraguay 824, piso 4  
C1057AAL Buenos Aires  
Argentina  
Te. (0 54 11) 4315 2332  
Fax (0 54 11) 4315 2299**

**E mail: <hmlynch@interlink.com.ar>**

**WEB SITE: <http://www.lynch-abogados.com.ar>**