

Colaboración para INFORMACIÓN ECONÓMICA de la Cámara de Sociedades Anónimas

## us\$ 5,000 millones de 'sobrepregio jurídico' en las compras y contrataciones del Estado

### La inseguridad jurídica como causa principal de los 'sobrecostos'

Por Horacio M. Lynch\*

#### La inseguridad jurídica y no la corrupción es la principal causa de los sobrecostos

Cuando en el 2001, próximos al colapso, se proponía el 'Déficit Cero' y la rebaja del 13% en sueldos y jubilaciones, me pareció que, antes de llegar a este extremo, el Estado podía ahorrar más en sus compras y contrataciones, según mi experiencia profesional y mis estudios sobre la seguridad jurídica en la Argentina. Con esta idea realicé un trabajo - "SEGURIDAD JURÍDICA, DÉFICIT CERO Y CONTRATACIONES DEL ESTADO (El 'sobrepregio o sobrecosto jurídico' en las compras del Estado)<sup>1</sup> - con un diagnóstico de la situación y con una propuesta de soluciones. La crisis del 2002 no me permitieron actualizar estas reflexiones. Pero, enfrentados ante la proximidad de las elecciones presidenciales de abril del 2003 y con un Estado en default, pienso que mantiene actualidad y utilidad.

La tesis central del estudio es que, si bien la corrupción incide en el mal uso del dinero público en compras y contrataciones, mucho peor es la inseguridad jurídica, y debería ser un importante eje para trabajar. Estimo insuficiente analizar distintos sistemas y criterios destinados a producir competitividad y transparencia si el licitante, potencial contratista, no tiene asegurado su principal objetivo: la contraprestación. Por ello le cobra al Estado el precio del riesgo. (En todo caso la competencia será pareja y transparente con precios altos).

La inseguridad jurídica tiene lamentables repercusiones económicas para la Argentina en todos los órdenes. Esto está muy estudiado y personalmente he dirigido varias investigaciones.<sup>2</sup>

En las compras y contrataciones del Estado tiene un impacto sobresaliente: un informe oficial, de la Oficina Anticorrupción de agosto de 2000<sup>3</sup> - (*Informe Massoni*) - afirma que tienen de un 40 a un 70% de sobrecosto resultado de la incertidumbre de los proveedores en el cobro de sus facturas. El propio Estado lo acepta: algunos precios

\* Titular de LYNCH & ASOCIADOS - Abogados, y ex presidente de FORES.

1 SEGURIDAD JURÍDICA, DÉFICIT CERO Y CONTRATACIONES DEL ESTADO (El 'sobrepregio o sobrecosto jurídico' en las compras del Estado) por Horacio M. Lynch. Edición mimeo de 50 páginas. Buenos Aires, dic 2001/Abr 2003. [También en <http://www.lynch-abogados.com.ar>]. INDICE: Abstract - Resumen ejecutivo- Ia. Parte: Introducción - El impacto de la inseguridad jurídica en las compras del Estado - Panorama. Un informe oficial sobre la corrupción. La inseguridad jurídica como causa de los sobrecostos y otros efectos no deseados. Los sobrepregios, la falta de garantías y la inseguridad jurídica. El rol de la Justicia. El nuevo régimen de contrataciones del Estado. La contratación electrónica. Otras cuestiones - Ila. Parte: Soluciones Una actitud equivocada: los privilegios del Estado se revierten contra el mismo. Faltan estudios interdisciplinarios. El poder de compra del Estado. El ejemplo de contrataciones exitosas. Panorama de otros países - Illa. Parte: Conclusiones. Restablecer la confianza en el Estado - Garantía de pagos (y de cumplimiento) La carta de crédito - Disgresión sobre los estudios interdisciplinarios - Resumen / IVa. Parte: Anexos: estadística - Bibliografía - Listado de sitios WEB - Contratación electrónica. El autor agradece la asistencia del Dr. Luciano Hurtado y del estudiante Augusto Vechio

2 V. <http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/publicaciones.htm>

3 ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ARGENTINA: 1998 - 1999 INFORME PRELIMINAR producido por la Oficina Anticorrupción con ayuda del Banco Mundial y de la Yale University, Agosto de 2000, (Informe "Massoni"), en <http://www.jus.gov.ar/minjus/oac/InformeFinal1007.PDF>

testigo oficiales que he revisado en la ONC - Oficina Nacional de Contrataciones en el rubro informática eran exactamente el 100% del precio al público.<sup>4</sup>

Estimando que el sector público nacional, provincial y municipal contrata anualmente por us\$10,000 millones aproximadamente (en el 2001 en Chile fueron us7,000 millones), de eliminarse la principal causa de los sobrepuestos se ahorrarían miles de millones equilibrando las cuentas públicas.

Para cumplir con sus funciones el Estado debe contratar bienes y servicios con los particulares, pero la falta de garantías y el alto riesgo que éstos asumen determina el sobrecosto. Los antecedentes del Estado conspiran en su contra. La mayoría de los proveedores sufren en carne propia sus arbitrariedades desde hace décadas. En los últimos tiempos ha discriminado, por ejemplo, en 1991, privilegiando a sus acreedores financieros extranjeros por sobre sus proveedores nacionales, y aun ha discriminado entre éstos últimos; además les ha recortado arbitrariamente sus acreencias, con nuevas diferencias: por ejemplo, la fecha de corte de la ley de emergencia de De la Rúa de diciembre del 2000 se fijó arbitrariamente. En el 2002 con el Estado de default se propuso un nuevo régimen, 'licitando' los pagos a quienes más descuento le hacían, arbitrio que, aunque parezca razonable, tiene una lógica perversa.

En mi estudio efectué un diagnóstico que gira sobre la influencia de la inseguridad jurídica y sugiero soluciones para éste y otros temas.

#### **EL DIAGNÓSTICO**

El resumen ejecutivo establece:

- (a) Que en las contrataciones del Estado también se verifica el daño que la inseguridad jurídica produce al país y a la economía en general: en este caso se traduce en los mayores costos que debe pagar el Estado en sus contrataciones, lo que afecta el funcionamiento general de la economía, desequilibra el presupuesto, aumentando fuertemente el 'costo argentino'. El Estado contrata mal, y cumple peor sus contratos;
- (b) Que, antes que la corrupción, es la falta de seguridad en el cobro la principal causa de dichos sobrecostos, sumado a la arbitrariedad con que se conduce el Estado;
- (c) Que si esto es así y sin descuidarse la corrupción, hoy las soluciones deben imaginarse más por el lado de la seguridad jurídica;
- (d) La inseguridad y el mayor riesgo desalientan a los buenos proveedores, con lo que los oferentes se reducen en número y en calidad, por lo que el Estado 'pierde' no solamente con los sobrecostos sino en la calidad de quienes contrata;**<sup>5</sup>
- (e) Que continuar pensando sólo en la corrupción dilata las verdaderas soluciones, arrojando conclusiones equivocadas por la naturaleza del problema;
- (f) Que en orden a imaginar por qué ocurre esto creo que se debe (a) a incomunicación entre quienes estudian el problema, expertos en administración, funcionarios (nacionales y de organismos internacionales), expertos en corrupción, economistas,

---

<sup>4</sup> Una *notebook* de rango medio costaba a principios del 2000 aproximadamente \$1,800, y una de rango alto \$3,000, pero los precios 'testigo' del sitio de la ONC - Oficina Nacional de Contrataciones las registra a \$3.290 para la primera y \$9.660 para la segunda.

<sup>5</sup> v. Revista NEGOCIOS, No. 51 "CUANDO SE CAE EL SISTEMA: Por lo general, las empresas cuentan con códigos de ética estrictos y su violación se paga con el despido y la responsabilidad penal. ¿Pero qué sucede si están frente a un negocio jugoso con un gobierno que tiene fama de corrupto? 'Desde hace 13 años que quiero ser proveedor del Estado pero como no soy coímero no puedo' es la confesión poco original del número uno de una empresa local de informática. Pero la sospecha de sobornos no se reduce a un sector ni a IBM".

- por un lado y, por el otro, juristas, que estudian la legalidad de las normas, pero no la racionalidad del sistema); (b) a graves carencias de información;
- (g) Que la normativa legal no corrige la inseguridad jurídica: no da garantía a los proveedores ni está orientada a ello; por el contrario, está enfocada en garantizar y proveer seguridad al Estado y en generar privilegios inaceptables;
  - (h) El actual régimen de contrataciones del Estado nacional del Decreto 1023/2001 no cambia sustancialmente el anterior; no es el resultado de estudios interdisciplinarios y, pese a que menciona en sus Considerandos al Informe Massoni, no recoge sus recomendaciones;
  - (i) Es que el Estado busca contrarrestar los malos resultados que obtiene en sus contrataciones acentuando sus privilegios en detrimento de quienes contratan con el;<sup>6</sup>
  - (j) Esta forma de proceder se revierte, tarde o temprano, en su contra e insiste ciegamente en acentuar tales privilegios en un círculo vicioso que agrava los perjuicios (más riesgo para los contratistas incrementa sus precios);
  - (k) Que el sistema también crea distorsiones e ineficiencia en el funcionamiento del Estado;<sup>7</sup>
  - (l) Y que también distorsiona al mismo sistema y a su normativa; por ejemplo, el Informe Massoni asegura que, en algunos Ministerios, las contrataciones directas, que deberían ser la excepción, representan en la realidad el 70% y también que existe un doble régimen de contrataciones coexisten con aquellos operados por los organismos internacionales de crédito, (aunque no extrae ninguna conclusión útil para la comparación) ;
  - (m) Que el ahorro que podrían generar contrataciones regulares tiene, como mínimo, un piso de un 40%, pero podría ser mucho mayor permitiendo alcanzar la premisa de 'déficit cero' sin tocar salarios ni jubilaciones;
  - (n) Que tampoco el Poder Judicial es garantía para restablecer el equilibrio en las contrataciones: por un lado el Estado también ha intervenido por la vía de dificultar el acceso a la Justicia, con suspensiones de juicios, y luego, pagando con bonos; por otro lado la misma Justicia y de sus jueces muestran un sesgo en su favor: aun cuando en ocasiones ha servido para remediar situaciones de injusticia extrema, en general no ha buscado restablecer el equilibrio entre las partes y termina favoreciendo al Estado;
  - (o) Que la conducta de los abogados del Estado es un fiel reflejo de una incomprensión del problema, buscando 'favorecer' al Estado a cualquier medio, no distinguiendo entre los reclamos lícitos (la mayoría) de los ilícitos (los menos);
- ⚡ **Que, además de la inseguridad jurídica y de la corrupción, hay otros temas importantes para analizar. Por ejemplo, y como muy importante, debe destacarse que el Estado no impone su poder de compra (ni siquiera se lo plantea) sino que, por el contrario, lo atomiza o dispersa, a la inversa de lo que debería ser; por lo tanto, debe revertirse esta tendencia, y utilizar su poder de compra para maximizar sus beneficios;**
- ⚡ También debe analizarse **el alto costo del sistema de contratación** (en algunos casos superior al monto contratado); las licitaciones cuestan mucho en publicidad, en horas-hombre, en desgaste, comisiones, expertos; en publicidad la administración gasta más del equivalente a 100 computadores por día; erogaciones que no se cubren

<sup>6</sup> Esto persiste en el actual régimen nacional de contrataciones del Estado, Decreto 1023/2001. Por ejemplo su art. 12, que luego será comentado en particular.

<sup>7</sup> En ocasiones, por ejemplo, se exagera el rubro 'reparaciones' buscando prolongar la vida útil de equipamiento obsoleto, "porque no hay presupuesto para compras pero sí para reparaciones"; porque no se contrata cuando se necesita sino cuando se puede. Hay sobre stock en algunas reparticiones mientras falta en otras.

con la venta de los pliegos (que, por otra parte, luego los contratistas los sumarán en el costo);

- (r) Termina señalando que no hay Política de Estado al respecto y que debe formularse.

Antes de pasar a las soluciones, entre los problemas que consigna este resumen ejecutivo, destaco los siguientes.

#### *Un círculo vicioso*

Frente a los sobrepregios y a la avalancha de juicios, e identificando mal las razones, el Estado reacciona equivocadamente, generando más privilegios para sí, agregando trabas para recurrir a la justicia, creando sistemas de emergencia, disponiendo el pago con bonos, y otras arbitrariedades, en actitudes que no hacen más que elevar el riesgo, potenciando un círculo vicioso. En la actual situación, antes que de los particulares, de quien se debe desconfiar es del Estado, es decir, exactamente al revés de lo que sucede ¿O es que alguien duda que entre vender a YPF Repsol o al Estado nacional, provincial o municipal, un proveedor honesto optaría por éstos?

#### *¿Porqué no se identifica bien al problema?*

La falta de identificación del problema es grave porque desvía las soluciones. En mi opinión esto ocurre porque las contrataciones públicas no son analizadas en forma integral sino disgregadas: expertos en administración pública y en eficiencia, economistas y 'corruptólogos' por un lado, y, por el otro, juristas que estudian el régimen de contrataciones del Estado aislado de sus implicancias económicas.<sup>4</sup>

Faltan estudios interdisciplinarios e investigaciones empíricas. Se desconoce el costo de algunos sistemas que se recomiendan soluciones sin datos objetivos (hoy, en 2003, la base de datos de *MERCADOSTRANSSPARENTES.COM* debería ser de gran utilidad para estos estudios). Hasta se ignoran conclusiones de informes oficiales. Por ejemplo, el Decreto 1023/01 no recoge las conclusiones del Informe Massoni, pese a que lo menciona, ni introduce cambios de fondo: la novedad de la contratación electrónica –aunque positiva– no cambia el principal problema que estoy señalando.

#### *Se confirma la inseguridad jurídica como causa principal de los 'sobrecostos'*

Y este Informe Massoni confirma que la inseguridad jurídica es la causa de los sobrepregios (aunque luego no propone soluciones en consonancia, quizás por ser la Oficina Anticorrupción sólo se preocupa por ésta). Digo que confirma porque esta conclusión ya había sido detectada en investigaciones de FORES (con The Fraser Institute, de Vancouver, Canadá con fondos de The Tinker Foundation Inc.) "*ANALYSIS OF THE JUDICIARY'S PERFORMANCE ON THE ECONOMY*"(1999), que concluyó con que o bien desalienta a contratar con el Estado con el resultado de menos oferentes, o bien genera sobrecostos. También había sido señalado en *JUSTICIA Y DESARROLLO ECONÓMICO*, (CACBA/FORES, con financiación del Consejo Empresario Argentino, 1997) y en otros.

### **LAS SOLUCIONES**

El resumen ejecutivo anticipa las soluciones. Es fundamental considerar la real incidencia de la inseguridad jurídica por encima de la corrupción. Y, como consecuencia, se debe trabajar en asegurarla, garantizando el cobro, y quitando los privilegios del Estado que revierten en su contra. Además de esto y del siempre permanente tema de la corrupción, deben analizarse otros temas cruciales, como el no uso del 'poder de compra' del Estado, el costo de las licitaciones y la contratación electrónica. Finalmente se propone elaborar una política de Estado.

### **Seguridad jurídica: garantizar el pago (una suerte de 'carta del crédito' del Estado)**

Es fundamental asegurar el cobro para el contratista pues el sobre costo puede evitarse si tuviera tal certeza. Diría que este es el punto central. Se supone que cuando el Estado contrata la provisión de algún bien o servicio, tiene el dinero disponible. Sin embargo, por muchas razones esto no es así. Las licitaciones se demoran, el dinero se desvía, pasan los ejercicios, y aun cambian las autoridades.

Debe pues implementarse un sistema que garantice al proveedor que, si cumple, cobrará su factura. Supongo que puede haber más de un método. Por mi parte me imagino recurriendo a un sistema parecido a la 'carta de crédito' que se utiliza en el comercio exterior, con el cumplimiento verificado por instituciones privadas. Si esto ocurriera, si el proveedor supiera que el dinero está disponible y que si cumple correctamente tiene absolutas garantías de cobrar, los precios ofrecidos bajarían a niveles normales o aun menos.

**Al encarar así el problema también se combate la corrupción: como muy importante debe verse que la seguridad en el cobro mejora, como dije, la calidad de los contratistas (atrae a los menos corruptos) y también elimina uno de los aspectos que la 'justifica' como es el de asegurar el pago en término.**

### **La justicia y las soluciones legales son parte del problema**

Hay que trabajar también sobre la Justicia y las normas pues hoy lamentablemente no son eficaces para dar garantías para los proveedores. También aquí el Estado ha intervenido suspendiendo juicios, dilatando plazos, caracterizando a las sentencias como meramente declarativas, pagando con bonos, etc. Y la propia Justicia sobreprotege al Estado en juicio. Todo con el mismo resultado negativo para el país. Junto con lo primero, deben arbitrarse otras soluciones. Si los privilegios generan desconfianza e inseguridad, se los debe eliminar. Si el Estado quiere tener precios de mercado, debe contratar en igualdad o en mejores condiciones para el contratista que el particular. Finalmente, la Justicia debe garantizar al contratista la máxima protección de la ley. El siguiente cuadro sintetiza el panorama en este campo:

#### *El problema de las medidas del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo*

1	<b>Impedir, obstaculizar acceso a la Justicia (I)</b>	Desenfoco sobre las verdaderas causas de los juicios contra el Estado: Alfonsín, 1987: "mafia de abogados", CAVALLO 1995: "organizaciones criminales de abogados". (Apelaciones del Estado contra decisiones de sus propios Tribunales administrativos, creados para evitar juicios - Recursos administrativos - Caducidad de los recursos - Renuencia a la mediación y todo tipo de ADR (sistemas alternativos de resolución de conflictos) - Plazos cada vez más breves- Habilitación instancia - Arbitrariedad al incluir o no en la consolidación a diferentes créditos.
2	<b>Detener la acción de la justicia</b>	Censos, registros - Suspensión juicios - Tasa de Justicia - Reclamación administrativa previa - Impedir medidas cautelares (leyes de emergencia) - Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema.
3	<b>Diluir, dilatar los efectos</b>	Sentencias declarativas - Leyes emergencia - Pago con bonos - Arbitrariedades en el pago con bonos - Ley Martinez Raymonda - Abogados con instrucciones de dilatar -

#### *El problema de las actitudes del propio Poder judicial*

4	<b>Actitud de la Justicia in dubio favor Estado (desde siempre) Excepciones: a) Salvo cuando</b>	Congestión, demoras - Plazos p/dictar sentencia - Resoluciones favorables al Estado (con
---	--	--

son los propios jueces quienes demandan al Estado) y B) recursos de amparo corralito y corralón	excepciones) - Recurso ordinario CSN Aceptación arbitrariedades
---	--

### Otros problemas – El descuido del poder de compra del Estado

Si bien el tema de la inseguridad jurídica es a mi juicio el principal (y es el que da sentido a mi investigación) hay otros temas que deben ser analizados. Un tema esencial no considerado en los estudios sobre compras y contrataciones, o en los informes oficiales, es el mal uso del *poder de compra* del Estado. En la actividad privada es utilizado desde el más pequeño consumidor hasta las más grandes empresas porque responde a una ley natural del mercado. En cambio el Estado no sólo no lo utiliza, sino que en ocasiones - supuestamente con buenas intenciones pero con gran ceguera - se lo desconoce impunemente: así un funcionario puede afirmar alegremente que fracciona las compras para dar oportunidad a pequeños proveedores, y así también se lo consagra legislativamente en algunos casos.<sup>8</sup> El Estado lo atomiza entre ministerios, reparticiones y oficinas en todos los niveles nacionales, provinciales y municipales. En esta línea hay que compararlo con grandes empresas privadas, ver cómo compran, verificar sus precios y proceder de la misma forma, inclusive haciendo *pools* de compras entre las reparticiones públicas.

### El costo de las licitaciones

Igualmente deben estudiarse y revisarse *los sistemas* de contrataciones del sector público. El Informe Massoni no lo hace y sólo señala que en algunos Ministerios las compras directas – que deberían ser la excepción – constituyen el 70% de los casos. También indica que las licitaciones están muchas veces direccionadas hacia algún proveedor en particular, o que, para evitarlas, se tercerizan los gastos a través de ONG con un resultado similar al de las compras directas.

No se aprovecha la experiencia de épocas en que se lograron contrataciones muy eficientes. Faltan investigaciones sobre el costo de las licitaciones, en tiempo, horas hombre, publicidad (en mi estudio estimo un gasto diario solamente en publicidad equivalente al valor de 100 computadores), impugnaciones, estudios, etc. y a veces puede superar al del producto o servicio. Inclusive el trámite de las licitaciones hacen que reciban productos obsoletos.

Hay otros aspectos relativos al descontrol en las decisiones de compras, en los stocks, o en el manejo del presupuesto, (aludidos en el Informe mencionado) pero en lo señalado está una buena parte de la solución.

### Experiencia extranjera

El tema de las compras del Estado, si bien es delicado, en muchos países no presenta los problemas de nuestra magnitud. Frente a los atrasos en los pagos en los EE.UU. se dictó la *PROMPT PAYMENT ACT* (Ley de Pago Rápido). El acceso a la información, por ejemplo, en el caso de Canadá, es absolutamente amplio. Varios países están usando el método de las '*reverse auctions*' en Internet y las contrataciones se concretan en horas. Varios latinoamericanos han desarrollado interesantes sistemas *on line* para compras,

<sup>8</sup> Proyecto ley de contrataciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires "ARTICULO 20: Los bienes y servicios a contratar podrán agruparse por renglones afines o de un mismo rubro comercial. En los casos que una misma convocatoria abarque un número importante de unidades y con el objeto de estimular la participación de Pequeñas y Medianas Empresas (PyMEs), al confeccionarse el Pliego de Bases y Condiciones Particulares podrá distribuirse la cantidad total en diferentes renglones."

provisión de información, etc. como el caso de 'CHILECOMPRA'. La experiencia extranjera puede servir, pero atendiendo a nuestros problemas y nuestra idiosincrasia.

### **La contratación electrónica: una plataforma digital**

Antes dije que la novedad de la contratación electrónica en el actual sistema de contrataciones—aunque positiva—no cambia el principal problema que señalo. Pero la posibilidad de avanzar con sistemas digitales en las compras estatales implica también un paso positivo a favor de la transparencia, en el acceso a la información y, en definitiva, en favor de eliminar la corrupción.

### **CONCLUSIONES: Una política de Estado para las compras y contrataciones**

En Gran Bretaña y en otros países, ser proveedor de la Corona es un honor, en tanto aquí es un síntoma de sospecha. Esto debe cambiar. Por razones de justicia y de conveniencia para el país, debe eliminarse la inseguridad en las compras y contrataciones, y el cambio debería atraer a los mejores proveedores. Se trata de un tema trascendente donde hay mucho para hacer y para ganar. Creo que las soluciones demoran porque no se acierta en el enfoque. Queriendo proteger al Estado de los proveedores, se le rodea de una serie de protecciones que, a la postre, causan mayor daño. Se estudian casos puntuales de corrupción pero el mayor de los perjuicios es que el Estado pague el doble o el triple que los particulares. Por su importancia, es una de las grandes soluciones del país. Por ello entiendo que debe proponerse una 'política de Estado' para las compras y contrataciones oficiales (al estilo del Plan Estratégico del gobierno chileno) coordinando en este sentido — hasta donde sea posible — la acción de la Nación con la de las provincias, sin descuidarse una plataforma de comercio electrónico. Pero esto será materia de otro estudio.

Buenos Aires, abril de 2003

Horacio M. Lynch

---

**ID**

Macintosh HD:=Justicia=:SegJurContracEstado:IE\_SEgJurContrac\_0Abr03.doc

Macintosh HD:=Justicia=:SegJurContracEstado:IE\_SEgJurContrac\_10Abr03.doc

C:\a\Mis documentos=PAPA\Abogacia&Justicia\ContratacComprasEstado\IE\_SEgJurContrac\_13Abr03.doc

Macintosh HD:=Justicia=:SegJurContracEstado:IE\_SEgJurContrac\_13Abr03.doc

Macintosh HD:=Justicia=:SegJurContracEstado:IE\_SEgJurContrac\_14Abr03.doc