



Universidad de
San Andrés

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS

Departamento de Derecho
Abogacía

La lucha contra la corrupción en las empresas públicas estatales

**Hacia un entramado de transparencia y eficacia en el Régimen de Compras y
Contrataciones en las EPE**

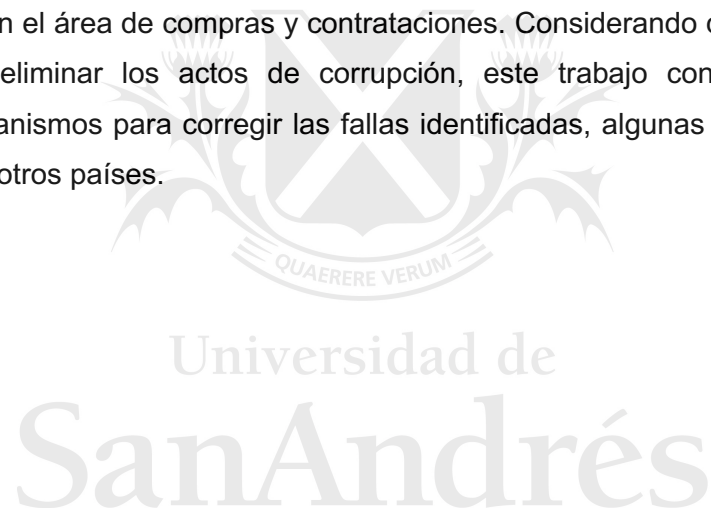
Autor: Delfina Carregal
Legajo: 27035
Tutora: Erica Pedruzzi

Buenos Aires, 27 de julio de 2020

ABSTRACT

El Estado participa en la economía argentina a través de las Empresas de Propiedad Estatal, es decir empresas privadas donde el Estado posee una participación social mayoritaria. Como cualquier otra empresa, las Empresas de Propiedad Estatal compran bienes y servicios necesarios para su funcionamiento. En muchos casos, los sistemas y mecanismos por medio de los cuáles adquieren tales bienes y servicios son poco transparentes, burocráticos e ineficientes. Todo ello favorece la existencia de oportunidades de corrupción que contribuyen a generar déficits operativos en las Empresas de Propiedad Estatal que son financiados por el Tesoro Nacional, es decir por los impuestos que pagan los contribuyentes.

Este trabajo busca identificar aquellas fallas en los mecanismos de contratación de las Empresas de Propiedad Estatal que favorecen la creación de actos de corrupción. Seguidamente, se analizarán los avances normativos impulsados con el objetivo de mejorar la transparencia en el área de compras y contrataciones. Considerando que dichos avances no han logrado eliminar los actos de corrupción, este trabajo concluirá proponiendo soluciones y mecanismos para corregir las fallas identificadas, algunas de ellas adoptadas exitosamente por otros países.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
1. La evolución de las EPE en Argentina.....	6
1.1. Las EPE del Sector Público Nacional.....	6
1.2. Los desafíos de las EPE en Argentina.....	7
2. La contratación pública y la corrupción.....	12
3. Régimen legal argentino de compras y contrataciones públicas.....	17
3.1. Régimen legal aplicable a las compras y contrataciones de la Administración Nacional (inciso (a) art. 8 Ley 24.156).....	17
3.2. Régimen legal aplicable a las compras y contrataciones a las EPE (inciso (b) Ley 24.156).....	19
4. Avances normativos en el área de compras y contrataciones de las EPE.....	23
4.1. Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.....	23
4.2. Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina).....	24
5. Enfoque institucional de la corrupción.....	29
6. Mapa de riesgos en el sistema de compras y contrataciones de las EPE.....	31
7. Hacia un entramado de transparencia y eficacia en el Régimen de Compras y Contrataciones en las EPE.....	36
8. Caso de estudio: centralización de las contrataciones públicas en Finlandia	45
CONCLUSIÓN	50
BIBLIOGRAFÍA	52

Anexo I: Listado de las Empresas de Propiedad Estatal

Anexo II: Entrevista a funcionario del Correo Argentino

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el universo de Empresas de Propiedad Estatal (“EPE”) está compuesto por distintos grupos económicos bajo distintas figuras societarias donde el Estado es accionista mayoritario¹. Durante la presidencia de Carlos Menem (1989-1999), las EPE fueron sometidas a un proceso de privatización que se justificó ante la ineficiencia, atraso y los problemas de gestión al que estaban sometidas. El propósito era reducir la carga fiscal que importaba financiar los abultados déficits de las EPE, así como atraer capitales y *know-how* del sector privado. Sin embargo, la grave crisis económica del 2001 puso fin a la etapa de las privatizaciones e impulsó un nuevo proceso que dió lugar a una mayor participación del Estado en la economía. En este contexto, en el período 2003–2015 comenzó un período de re-estatización de las EPE y de creación de otras nuevas.

La gestión de las EPE ha sido un desafío importante para los gobiernos y durante años se han propuesto varias estrategias para mejorar el desempeño de las mismas, incluidas las privatizaciones en la década del 90 ya mencionadas. Uno de los argumentos a favor de las privatizaciones era que el Estado era incapaz para administrar con eficiencia las EPEs, ya que fomentaba la burocracia y la corrupción y, en consecuencia, no podía brindar servicios eficientes. Finalmente, a partir de la experiencia internacional, los gobiernos implementaron diferentes estrategias para lidiar con las dificultades de las EPE, siempre manteniendo la participación accionaria estatal sobre ellas.

Este trabajo pretende estudiar una de las estrategias para enfrentar los desafíos de sustentabilidad financiera y transparencia de las EPE en nuestro país a partir del año 2015. Al asumir la presidencia, el gobierno de Mauricio Macri se encontró con empresas deficitarias que requerían constantes transferencias del Tesoro Nacional para cubrir sus déficits operativos. Al mismo tiempo, muchas de ellas carecían de estándares de buen gobierno corporativo, convirtiéndose en escenarios de constantes oportunidades de corrupción. Ante este contexto, el Gobierno tomó como una de sus iniciativas prioritarias mejorar el desempeño de las EPE a través de una serie de medidas normativas y la creación de agencias de gobierno con responsabilidades en materia de EPE. Como se demostrará, a raíz de estas medidas, la situación financiera y de gobernanza de las EPE mejoró sustancialmente en relativamente poco tiempo en comparación con años anteriores.

A pesar de estos avances, consideramos que aún existen áreas dentro de las EPE que ofrecen muchas oportunidades de corrupción y donde creemos que las estrategias implementadas por el Estado no han podido ofrecer soluciones eficientes. Nos referimos al

¹ En la sección siguiente se detalla el universo de EPE sobre las que se trabajará en el presente. Para ver el listado con las EPE que tomaremos en consideración por favor remitirse al Anexo 1 de este trabajo.

área de compras y contrataciones de las EPE. Son conocidos los casos de corrupción que con frecuencia se producen en éste área, como la provisión de servicios a las empresas por parte de miembros de sus directorios y la contratación de servicios sin razón económica ni ninguna utilidad práctica, resultando en condenas a funcionarios del gobierno y miembros de las EPE cuando estos actos de corrupción son llevados ante la justicia (Guala, F. y Pineda, E., 2019). Un factor clave se presenta en que las EPE son sociedades regidas por el derecho privado por lo que no cuentan con deberes legales de transparencia y rendición de cuentas. Con tanto dinero en juego y con pocos estándares de control y transparencia, pocas actividades crean tantas oportunidades de corrupción como el área de compras y contrataciones de las EPE.

Considerando los avances normativos impulsados en el área a partir del 2015, este trabajo propondrá otras iniciativas con el propósito de prevenir actos de corrupción en las compras y contrataciones de las EPE. Para ello, primero se expondrá el funcionamiento de los sistemas de compras y contrataciones de las EPE y las normas nacionales que afectan o tienen influencia sobre dicho sistema. Seguidamente, se intentará identificar los riesgos del sistema que, debido a la falta de controles efectivos, crean oportunidades de corrupción por parte de los funcionarios de las EPE y los proveedores contratados por ellas. Trataremos de demostrar que los principales riesgos en materia de corrupción en las EPE se crean cuando los funcionarios se apartan de los procedimientos generales de contratación abierta, pública y competitiva, para comprar de manera directa y simplificada sin que las circunstancias lo ameriten, abriendo la puerta a la creación de actividades ilícitas sin control respecto a los proveedores con los que se contrata y al monto de la adquisición. Finalmente, considerando el análisis de experiencias internacionales, concluiremos el presente proponiendo una serie de recomendaciones y estrategias tendientes a corregir fallas del sistema de compras y contrataciones de las EPE y prevenir oportunidades de corrupción actuales y potenciales.

Las recomendaciones que se proponen en el presente deberían ser de gran interés para toda la sociedad toda vez que un sistema de compras y contrataciones eficiente y transparente genera un mejor desempeño económico y social de las EPE. De manera contraria, cuando los actos de corrupción contribuyen a generar los abultados déficits operativos de las EPE que son financiados por el Tesoro Nacional, se genera un inadecuado e ineficiente uso de los fondos públicos a los que todos los contribuyentes estamos llamados a aportar.

Este trabajo se centra en la convicción de que es más importante detectar sistemas falaces que personas culpables para evitar la corrupción en las EPE. Y ese es el objetivo del presente.

1. La evolución de las EPE en Argentina

1.1. Las EPE del Sector Público Nacional

En primer lugar, resulta necesario definir el universo de las EPE sobre el que se enfoca este trabajo. A lo largo de la historia, las EPE han sido llamadas de diversas maneras y conformadas bajo distintas figuras societarias bajo la dependencia de distintos organismos centralizados y descentralizados de la administración nacional, provincial y municipal. De acuerdo con la CIPECC², entenderemos como empresa pública a todas aquellas que cumplan con las siguientes características:

- a) el Estado posee al menos el 50% de la participación accionaria;
- b) producen bienes y servicios de manera directa, ya sea en condiciones de mercado o en una situación de monopolio; y
- c) tienen una misión pública explícita.

De todo el universo de EPE que cumple con las características señaladas, quedan excluidas de este trabajo aquellas empresas pertenecientes tanto al Sector Público Provincial (empresas y sociedades del estado en las que el Estado Provincial o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o el poder de decisión) como al Sector Público Municipal. A los fines de este trabajo, sólo nos enfocaremos en las EPE del Sector Público Nacional, definidas por el art. 8 inciso b) de la Ley de Administración Financiera 24.156: *“Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”*.

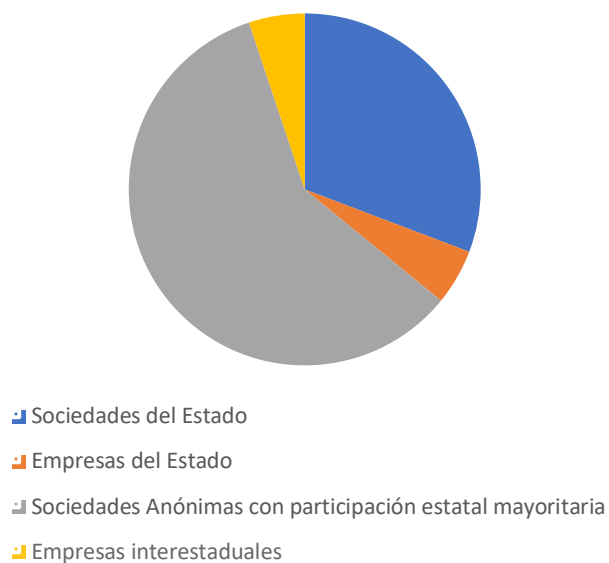
En la actualidad, el Sector Público Nacional cuenta con 39 EPE que revisten distintas formas jurídicas y se vuelcan a diversas actividades económicas. A continuación, se adjunta un cuadro del estado actual del consorcio de EPE del Sector Público Nacional compuesto por³:

- (i) Doce (12) sociedades del Estado
- (ii) Dos (2) empresas estatales
- (iii) Veintitrés (23) Sociedades Anónimas de participación estatal mayoritaria
- (iv) Dos (2) empresas interestaduais

² Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento

³Organismos de la Administración Pública Nacional. Consultado el 14 de mayo de 2020 en: <https://mapadeleestado.jefatura.gob.ar/organismos.php>

EPE del Sector Público Nacional 2020



En el Anexo I del presente, se incluye el detalle de cada una de las EPE que se mencionan en los puntos (i) a (iv). Estas 39 EPE conforman el universo de EPE en el que se centra el análisis del presente trabajo.

1.2. Los desafíos de las EPE en la Argentina

Como se menciona en el apartado anterior, las EPE se caracterizan por tener una participación estatal mayoritaria y una fuerte influencia del Estado en el directorio de cada una de ellas. Debido a su rol como socio controlante, el Estado suele mezclar su agenda política con la gestión de sus empresas. Es por esto que los directorios de las EPE suelen reemplazarse completamente con los cambios de gobierno, afectando la capacidad de desarrollar planes y estrategias de negocio a largo plazo.

A diferencia del resto de las empresas privadas, las EPE tienen un fin público inherente por lo que no necesariamente buscan maximizar beneficios. Consiguientemente, las EPE enfrentan riesgos que no suelen tener las empresas privadas, como el nepotismo, el favoritismo político y el fraude al interés social. Esto incluye la contratación de personal y de bienes y servicios influida por el vínculo o la cercanía política del individuo, en lugar de criterios de aptitud para el puesto o la compra a realizar. Todo esto afecta el desempeño y la competitividad de la empresa⁴.

⁴ CIPECC (S/F). Mapeo de riesgos a la integridad en las empresas públicas. Consultado el 27 de abril de 2020 en: <https://www.cippec.org/textual/para-prevenir-la-corrupcion-en-las-empresas-publicas-primero-hay-que-identificar-los-riesgos-de-integridad-que-enfrentan/>

En el 2015, al asumir la presidencia, el gobierno de Mauricio Macri se encuentra con un universo de EPE mal administradas, sin coordinación ni estrategia comercial, con déficits financieros importantes, ausencia de estándares y procesos administrativos y una dudosa transparencia de gestión, que, sumado a un escaso profesionalismo y liderazgo, implican un significativo incumplimiento de su compromiso con la sociedad. Muchas de ellas también tienen importantes denuncias de corrupción⁵ ante la justicia que concluyen en funcionarios del gobierno y miembros de las EPE condenados judicialmente (Guala, F. y Pineda, E. (2019)). A partir del 2015, se impulsa un ambicioso programa con el objetivo de mejorar el desempeño de las EPE y reducir el déficit financiero y comercial al que están sometidas dichas empresas desde el año 2003.

Salvo algunos casos particulares, las 39 empresas donde el Estado Nacional posee el control y participación total o mayoritaria carecen de esquemas de buen gobierno que permitan despolitizar el proceso de toma de decisiones, atraer recursos humanos profesionales y promover la transparencia en sus procesos de compras y contrataciones de bienes y servicios. Esta situación genera un fuerte impacto en el Tesoro Nacional, donde las EPE requieren una constante asistencia financiera del Tesoro Nacional para cubrir sus pérdidas en lugar de aportar parte de las ganancias a las arcas nacionales, como sí ocurre en otros países. La Carta de la Jefatura de Gabinete de Ministros Nro. 2, explica que luego de la re-estatización en el 2003, las EPE prácticamente no le costaron nada al Estado, ya que no requerían transferencias del Tesoro Nacional para cubrir sus pérdidas. Esta eficiencia de las EPE duró incluso hasta el 2007, donde las transferencias del Estado eran insignificantes. Sin embargo, en el 2008 y con la estatalización de Aerolíneas Argentinas, esta tendencia cambió y el Estado transfirió a las EPE alrededor de US\$ 2.000 millones, equivalentes al 0,4% del PBI. En los años siguientes, los déficits de las EPE y las transferencias del Estado para cubrirlos siguieron aumentando hasta que en 2014 el Estado Nacional destinó \$69.000 millones (1,5% del PBI) para cubrir el déficit corriente de las EPE⁶. En 2016, sólo siete de las EPE tenían resultado operativo positivo, y apenas dos le aportaban dividendos al Estado: YPF y Lotería Nacional⁷. A diferencia de otros países como Chile y Uruguay donde las empresas públicas aportan recursos al Tesoro Nacional para cubrir los gastos del Estado, en Argentina las EPE utilizan dinero constante del Tesoro para cubrir sus pérdidas. Estas

⁵ Un ejemplo de estas irregularidades es el caso de ENARSA, donde la empresa fue utilizada deliberadamente como un instrumento de política del gobierno —notoriamente, a través de la fijación de precios artificialmente bajos—, careciendo de reglas claras de gestión y gobernanza, lo que derivó en numerosas irregularidades vinculadas a la compra de gas licuado (Guala, F. y Pineda, E. (2019))

⁶ Jefatura de Gabinete de Ministros Presidencia de la Nación. Carta de Jefatura de Gabinete. Empresas Públicas para el crecimiento. Abril 2017.

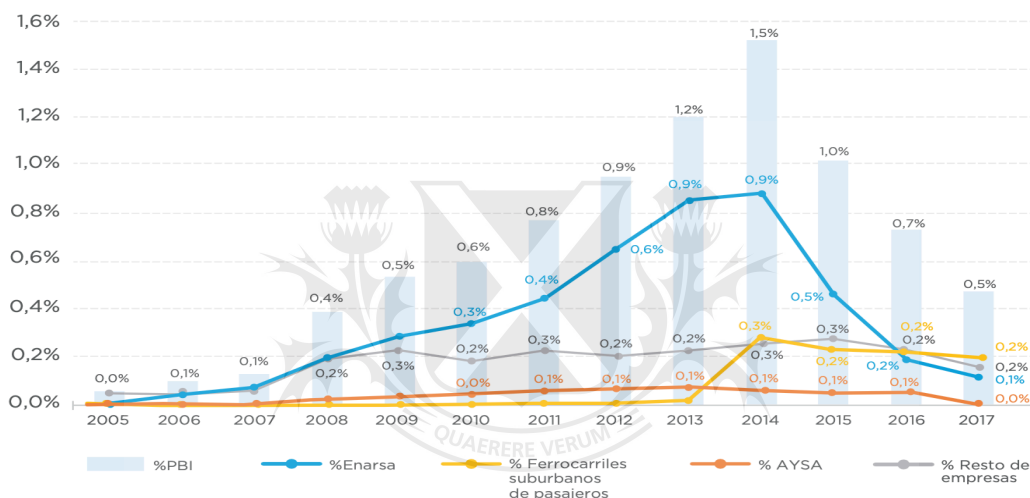
⁷ Florencia Donovan (2017). Sólo siete de las 42 empresas del Estado tuvieron resultado positivo en 2016. La Nación. Recuperado el 15 de mayo de 2020 en: <https://www.lanacion.com.ar/economia/solo-siete-de-las-42-empresas-del-estado-tuvieron-resultado-positivo-en-2016-nid2018630>

transferencias se redujeron significativamente a partir del 2015, como consecuencia de diversos factores pero, principalmente, la iniciativa de la administración de Mauricio Macri de mejorar la eficiencia y rendimiento de las EPE.

El siguiente cuadro demuestra el flujo de transferencias corrientes del Tesoro Nacional desde el 2005 al 2017, de acuerdo con la información de la Jefatura de Gabinete de Ministros (“JGM”)⁸.

□

Transferencias corrientes devengadas
(en % del PBI)



Además de los déficits financieros, las EPE también mostraban en diciembre de 2015 poca transparencia y control en su toma de decisiones y una ausencia casi total de estándares de buen gobierno corporativo⁹. Asimismo, varias empresas, como Tandanor desde 2011 y Aerolíneas Argentinas desde 2012, llevaban años sin presentar balances contables auditados¹⁰. En ese contexto de deficiente gestión de las EPE, se crean numerosas oportunidades de corrupción por parte de los funcionarios públicos y los privados. Cabe destacar que Argentina suscribe a la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) y la Convención OCDE sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones

⁸ Jefatura de Gabinete de Ministros Presidencia de la Nación. Carta de Jefatura de Gabinete. Empresas Públicas para el crecimiento. Abril 2017.

⁹ El concepto de gobierno corporativo se refiere al conjunto de principios y normas que regulan el diseño, la integración y el funcionamiento de los órganos de gobierno de la empresa y de los poderes dentro de una sociedad: los Accionistas, Directorio y Alta Administración.

¹⁰ Jefatura de Gabinete de Ministros Presidencia de la Nación. Carta de Jefatura de Gabinete. Empresas Públicas para el crecimiento. Abril 2017.

Comerciales Internacionales (2000) para fortalecer la transparencia y luchar contra la corrupción.

Con el objetivo de reducir los índices evidenciados en el gráfico anterior, el gobierno de Mauricio Macri adoptó ciertos mecanismos de transparencia en la gestión de las empresas estatales. Esto mismo queda explicitado en las “100 Iniciativas Prioritarias” de su gestión que fijan el objetivo del “[o]rdenamiento de la gestión de las empresas públicas” (iniciativa N 82) con el fin de mejorar el desempeño de las empresas de propiedad estatal, tanto en la calidad del servicio como en la efectividad y transparencia con que operan. La estrategia del gobierno de Macri consiste en centralizar la supervisión del desempeño de las EPE en la JGM. En el ejercicio de dicha función, la JGM impulsa a través de la resolución administrativa 85/2018 la publicación de los *Lineamientos de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas de Propiedad Estatal* (los “Lineamientos”) en coordinación con la Oficina de Anticorrupción (OA), la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Actualmente, estos Lineamientos constituyen el principal instrumento normativo en materia de gobierno corporativo de las EPE. Consisten en un conjunto de principios y guías de buenas prácticas de gobierno para las empresas en las que el Estado es accionista. Su objetivo es comunicar las principales expectativas que el Estado tiene sobre cómo deben organizarse y funcionar dichas empresas: (i) transparencia; (ii) integridad (iii) sustentabilidad; (iv) desempeño económico; (v) alta gerencia; (vi) políticas de compras y abastecimiento; y (vii) auditoría y control. Estos Lineamientos buscan alinear el gobierno de las EPE con los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

En segundo lugar, se crearon instancias de coordinación entre las principales agencias gubernamentales con responsabilidad sobre las EPE. La OA, la SIGEN, la Oficina Nacional de Presupuesto (ONP) y la Comisión Nacional de Valores (CNV) coordinaron sus recursos para formar un equipo con visión compartida sobre la relevancia del buen gobierno corporativo en las EPE. Con esta visión, se generó un programa enfocado en el área de compras y contrataciones con el objetivo de mejorar estos sistemas dentro de cada EPE. Bajo este programa, se generaron reuniones mensuales entre los gerentes de compras de las EPE donde se abordaron temáticas como el intercambio de precios y la evaluación de proveedores.

En esta misma línea, la SIGEN incorpora por medio de la Resolución General 37/06 las “Normas Mínimas de Control Interno para el buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado”. Estas normas establecen diversos deberes de lealtad y diligencia que deben tener los directores, administradores y fiscalizadores de EPE. Esta Resolución establece que las EPE deben tener un Comité de Auditoría formada por tres miembros del directorio independientes y a cargo de las funciones que se enumeran en el artículo 2, a

saber: participar en la designación de los auditores externos a contratar por la sociedad y velar por su independencia, controlar la aplicación de las políticas de información sobre la gestión de riesgos de la sociedad, reportar a la SIGEN las operaciones en las cuales exista conflicto de intereses con integrantes de los órganos sociales o accionistas, opinar sobre las propuestas de honorarios de los directores y administradores de la sociedad, velar por el cumplimiento de las normas de conducta aplicables, entre otras.

Por otro lado, junto con la OA, se impulsaron un conjunto de leyes que promueven la política de anticorrupción en las EPE. De esta manera, se sancionaron la Ley 25.188 de Ética Pública (1999), la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública (2017) y la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (2017).

En los apartados siguientes, analizaremos en profundidad los mencionados avances normativos impulsados por la administración del 2015 en materia de transparencia e integridad las EPE. A efectos de juzgar su éxito o fracaso, cabe recordar que en el año 2018, Argentina alcanzó su mejor desempeño en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional¹¹, ubicándose en el puesto 85/180, en una escala donde 100 son los países más limpios y 0 son los más corruptos. Este puesto implica una mejora de 22 puestos en relación con su peor ubicación en el año 2014 y 8 puntos más que en 2015, cuando obtiene su peor puntaje. Esta tendencia ascendente de la Argentina es inversa a la de la mayoría de los países del continente. Sin embargo, este trabajo busca demostrar que, si bien las estadísticas demuestran que estos avances normativos tienen impactos favorables en la lucha de la corrupción en las EPE, creemos que aún quedan muchas reformas por hacer en el área de compras y contrataciones de las EPE. Como se demostrará más adelante esta área es particularmente vulnerable a la creación de oportunidades de corrupción por parte de los funcionarios de las EPE y los sectores privados que participan en ella. Creemos que es necesario trabajar sobre el régimen de compras y contrataciones de las EPE para poder reducir oportunidades de corrupción actuales y potenciales.

¹¹ Transparencia Internacional (S/F). Índice de Percepción de la Corrupción 2018. Consultado el 28 de junio de 2020 en https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf

2. La contratación pública y la corrupción

Si bien este trabajo se focaliza en el área de compras y contrataciones de las EPE, creemos importante comenzar el presente haciendo una breve descripción previa del problema tradicional entre las compras y contrataciones públicas (tanto de las EPE como de la Administración Central) y los actos de corrupción que se generan por esta vía.

Cada año se aportan importantes sumas de dinero al Estado a través de impuestos que son destinados a la adquisición de bienes y servicios. Las compras públicas abarcan un alto número de transacciones y representan una porción sustancial del PBI en todos los países del mundo. En particular, los países de América Latina y del Caribe son grandes compradores: se calcula que las compras públicas en la región representan entre un 10 y un 15% del PBI.

Pero además de ser grandes compradores, los países de América Latina y del Caribe son pésimos compradores: Transparencia Internacional¹² estima que los costos de la corrupción en las compras públicas representan entre el 20 y el 25% del valor del contrato, llegando en ocasiones al 40-50% (Rozenwurcel, G. y Bezchinsky, G., 2012, pág. 74). El Fondo Monetario Internacional ha calculado que el costo global anual de la corrupción alcanza entre U\$S1.5 millones a U\$S2 millones, aproximadamente el 2% del PBI mundial (International Monetary Found (2016)). Asimismo, el Foro Económico Mundial estima ya en el 2016 que la corrupción aumenta en promedio un 10% el costo de hacer negocios y hasta un 25% el costo de las contrataciones públicas (World Economic Forum (2016)). Todos estos estudios demuestran que el área de compras y contratación pública es particularmente vulnerable a las oportunidades de corrupción.

La fuga de dinero público no es el único problema de la corrupción en el sistema de compras públicas. Como señala Natalia Volosín (2012), el régimen de compras públicas se encuentra relacionado con el desarrollo de un país y de las personas que lo integran porque las adquisiciones del Estado tienen como objetivo la provisión de bienes, servicios y obras públicas para la comunidad. De esta manera, a través del proceso de compras públicas, el Estado juega un rol importante en el impulso de la competencia, la promoción de la industria local, el incremento de la participación de Pymes en el mercado público, el incentivo de determinadas prácticas o condiciones laborales y la promoción de políticas medioambientales sustentables. Todos estos aspectos quedan afectados por la corrupción.

¹² Transparencia Internacional es una organización no gubernamental fundada en 1993 con el objetivo de combatir la corrupción global mediante medidas de anticorrupción tendientes a prevenir delitos relacionados con la misma. www.transparency.org

Por otro lado, el régimen de compras públicas se relaciona con los principios democráticos fundamentales de una sociedad dada la necesidad de crear canales de control y rendición de cuentas de los gobiernos a sus ciudadanos.

El Plan Nacional de Anticorrupción 2019-2023, elaborado y coordinado por la OA y la Secretaría de Fortalecimiento Institucional de Jefatura de Gabinete, enumera las consecuencias graves y conocidas del fenómeno corrupción. Entre ellas, resalta la pérdida de legitimidad de las instituciones democráticas; la obstaculización al desarrollo económico, el desaliento a la inversión y la generación de nuevos puestos de trabajo; el deterioro de los ingresos fiscales; la pérdida de la confianza de las personas en las instituciones públicas y en los agentes públicos; la desigualdad al dificultar la satisfacción de derechos básicos y el acceso a servicios e infraestructura públicos de calidad, lo que afecta en mayor medida a las personas con menores ingresos; la inserción del crimen organizado, la inseguridad y la pobreza.

Cuando hablamos del sistema de compras y contrataciones públicas nos referimos a la compra por parte de los gobiernos de todo tipo de bienes, servicios, construcciones y obras públicas, así como concesiones, asociaciones público-privadas (ppp), build-own-operate-transfers (boot), build- operate-transfers (bot) y compras por parte de empresas controladas por el Estado. Incluye también todas las etapas del proceso de compras desde la evaluación de necesidades iniciales, las asignaciones presupuestarias, la investigación de mercado inicial, la preparación de la licitación, la evaluación de las solicitudes y la adjudicación de contratos. La corrupción puede surgir en cualquiera de estas etapas del proceso de adquisición mencionadas, independientemente del sector o de la escala. Asimismo, la corrupción puede ser iniciada por el sector privado o por un funcionario del gobierno.

Debido a la complejidad de estos procesos y la falta de transparencia de ellos, la manipulación e incumplimiento es difícil de detectar. Por otro lado, las pocas personas que logran detectar actividades corruptas en las adquisiciones públicas, difícilmente reportarán estas irregularidades por diversas razones, tales como la ineficiencia de los mecanismos de impugnaciones del sistema existentes, la sensación de que el dinero perdido es del "gobierno" en lugar del propio, la sensación de que quejarse es inútil o el temor a las represalias posteriores. Cabe destacar que, en el área de reporte de denuncias de actividades corruptas, la Argentina ha adoptado el Mecanismo de Reporte de Alto Nivel ("MRAN") diseñado por la OCDE y el Instituto de Gobernanza de Basilea. El MRAN es un canal de denuncias independiente y neutral entre los denunciadores y el gobierno que propone un sistema alternativo para la resolución de disputas a los canales tradicionales de denuncias. En Argentina, el MRAN ha sido usado únicamente en dos oportunidades para denuncias de irregularidades en los pliegos, soborno, conflicto de interés o tráfico de influencias. La primera, en abril de 2018 para la licitación de asociación público-privada ("PPP") bajo el

proyecto “Seguridad en carreteras y autopistas” de la Dirección Nacional de Vialidad, y la segunda, en septiembre del mismo año para la licitación PPP del proyecto de Transmisión de Electricidad dirigida por la Secretaría de Energía. En ambos casos, el MRAN recibió cinco y nueve informes de denuncias para los respectivos proyectos pero ninguno de ellos llegó al grupo de expertos del Órgano Alto Nivel de la OA a cargo de recibir los reportes debido a que las denuncias no se referían a las categorías de irregularidades previstas para el MRAN¹³.

¿Cómo debería ser un sistema de compras públicas eficiente? Según Volosín debería ser “(...) un proceso para ejecutar el presupuesto para proveer de bienes, servicios y obras a la comunidad con el mayor valor posible para la mayor cantidad de ciudadanos posibles y al menor costo posible con el objetivo de extender las libertades reales de las que gozan las personas” (Volosín, 2010, pág. 14).

Dada la incidencia directa que tienen los sistemas de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado en el Tesoro Nacional, la implementación de programas eficientes y transparentes trae beneficios no sólo para el ente público sino para toda la sociedad argentina en su conjunto. En otras palabras, lo que caracteriza a un buen sistema de adquisiciones públicas es su objetivo de satisfacción del interés público y la adquisición de bienes y servicios de buena calidad al mejor precio posible. De manera contraria, cuando la adquisición pública se corrompe por intereses privados y no está dirigida a satisfacer el bien público, la confianza en los gobiernos se erosiona.

Con tanto dinero en juego que pasa de mano en mano por distintos organismos públicos, pocas actividades gubernamentales ofrecen más oportunidades de corrupción que el sistema de compras y contrataciones públicas. Un ejemplo de ello se demuestra en el Cuadro 1, dónde, en el marco de la pandemia por COVID-19, el Estado acordó abonar \$220 millones de sobreprecio para la compra de alimentos¹⁴.

CUADRO 1. Sobreprecios en las compras de emergencia del Ministerio de Desarrollo Social. Mediante el decreto 287/2020, se facultó a las jurisdicciones y organismos a efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios mientras dure la emergencia sanitaria declarada por la Organización Mundial de la Salud.

Por otro lado, el decreto 338/2020 aprobó el denominado “procedimiento de contingencia” que habilitó a los organismos gubernamentales a regresar al soporte físico

¹³ Instituto de Gobernanza de Basilea. High Level Reporting Mechanism in Argentina: <https://www.baselgovernance.org/b20-collective-action-hub/hrlm/hlrn-argentina>. Consultado el 8 de mayo de 2020

¹⁴ La Nación (12 de abril de 2020). *Las compras del Estado, un sistema ineficiente que esconde la corrupción*. Por Diego Cabot. Recuperado en: <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion>

para alejarse del sistema digital COMPR.AR previsto para las adquisiciones de bienes y servicios por parte de la Administración Central.

Pocos días después de estas normas, el Gobierno lanzó la compra de miles de productos con la utilización de estos dos sistemas: la compra directa en papel, sin publicación de la compra en la plataforma digital COMPR.AR. Posteriormente, el 12 de abril, La Nación publicó un artículo evidenciando un sobreprecio de \$220 millones abonados en la compra de alimentos por parte del Ministerio de Desarrollo Social. A continuación, se adjunta un ejemplo del sobreprecio pagado en el caso de fideos semolados:

Proveedores	Precio minorista	Precio que pagó el Estado	Diferencia por unidad	Diferencia por cantidad
Sol Ganadera	\$45,9	\$85,76	\$39,86	\$13.552.400
Copacabana	\$45,9	\$84,77	\$38,87	\$13.215.800
Forain	\$45,9	\$84	\$38	\$13.954.000

Como explica Diego Cabot en La Nación, “[l]a historia de las compras de los alimentos (...) es el ejemplo de cómo funciona uno de los principales nidos [de] corrupción del que se vale la política para funcionar”. Luego de este episodio, numerosos funcionarios a cargo del Ministerio de Desarrollo Social fueron desvinculados. Sin embargo, La Nación sostiene la necesidad de hacer profundos cambios en el sistema de compras públicas argentino, que hasta ahora no han ocurrido ya que “[n]o importa cuánto sale, total, paga el Estado”.

Lo evidenciado en este primer apartado demuestra la vinculación existente entre el sistema de compra y contrataciones públicas y las oportunidades de corrupción.

Es necesario remarcar que en este trabajo dejaremos de lado todas las compras y contrataciones de toda la Administración Nacional para enfocarnos únicamente en las compras y contrataciones de las EPE. Al hablar de las compras y contrataciones públicas, se suele hacer referencia a los sistemas de adquisiciones de los distintos organismos del Sector Público Nacional que se encuentran comprendidos en los incisos (a) y (b) art. 8 la Ley 24.156 y sus modificaciones. Estos son: (a) la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social; y (b) las Empresas, Sociedades del Estado y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

Si bien se tratan todas de compras y contrataciones públicas, cada uno de los distintos incisos de este artículo tiene su propio régimen. Las compras y contrataciones de la Administración Nacional y los organismos comprendidos en el inciso (a) se rigen por el decreto 1023/01 y su decreto reglamentario, mientras que las compras y contrataciones de las empresas y sociedades del Estado mencionadas en el inciso (b) se rigen por un conjunto de recomendaciones y lineamientos que mencionaremos a lo largo de estas páginas.

El objeto de estudio del presente es el estudio del sistema compras y contrataciones previsto para los entes comprendidos en el inciso (b), es decir, el régimen de las EPE. Este régimen es muy distinto al aplicable a la Administración Nacional ya que el inciso (b) está compuesto por personas jurídicas que se rigen por el derecho privado y, por lo tanto, no hay un régimen normativo aplicable al sistema de compras y contrataciones de estas sociedades. Si bien hay una serie de recomendaciones y lineamientos de carácter no vinculante en la materia, cada EPE tiene su propio sistema o manual relativo a compras y contrataciones. Sin embargo, el área de compras y contrataciones de las EPE es de gran interés para la sociedad ya que es una de las mayores interacciones entre el Estado y el sector privado con los riesgos ya mencionados que suceden sin los controles adecuados.

A continuación, se procederá a analizar el marco normativo aplicable al régimen de compras y contrataciones previsto para el inciso (a) -la Administración Nacional- para contrastarlo con los lineamientos y recomendaciones no vinculantes aplicables al régimen de compras y contrataciones previsto para el inciso (b) de la Ley 24.156 -las EPE-. El objetivo es mostrar la ausencia de normas vinculantes para las adquisiciones de las EPE, a pesar de los avances en la materia implementados en el gobierno de Mauricio Macri.

SanAndrés

3. Régimen legal argentino de compras y contrataciones públicas

3.1. Régimen legal aplicable a las compras y contrataciones de la Administración Nacional (inciso (a) art. 8 Ley 24.156)

La Ley de Contabilidad de 1956 establece -en sus artículos 55 a 64- la primera regulación sistemática de las contrataciones del Estado y es reglamentada por el Reglamento de las Contrataciones del Estado creado por decreto 5720/72. Luego de derogada la Ley de Contabilidad, se crea el Sistema de Contrataciones del Sector Público Nacional mediante el decreto 1545/94 con el objetivo de establecer políticas para las adquisiciones que el Estado requiriera, disponiendo la creación de la Oficina Nacional de Contrataciones (“ONC”) como órgano rector del sistema. En el 2000, este organismo dicta el nuevo “Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional” aprobado mediante el decreto 436/00. La última modificación normativa del régimen legal del sistema de contrataciones surge en el 2001, cuando el Poder Ejecutivo Nacional aprueba mediante el dictado del decreto 1023/01 el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional que se mantiene hoy vigente. La reglamentación de este régimen llega recién en junio del 2012 con el dictado del decreto 893/12, posteriormente derogado mediante el decreto 1030/16 que continúa hoy vigente como el “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”.

El régimen de compras y contrataciones de la Administración Nacional que impone el decreto 1023/01 establece distintos procedimientos para las adquisiciones: la licitación o concurso público y/o privado, la subasta pública y contratación directa o simplificada¹⁵. La determinación del tipo de procedimiento de contratación dependerá de las diversas circunstancias como: (a) las razones de urgencia o emergencia que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno; (b) los objetivos de economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos; (c) las características de los bienes o servicios a contratar; (d) el monto estimado del contrato y (e) las condiciones de comercialización y configuración del mercado.

La regla general para los procedimientos de compras y contrataciones de la Administración Nacional debe ser la licitación o el concurso público, para asegurar que el procedimiento sea lo más público, competitivo y transparente posible. No obstante, la normativa prevé excepciones a dicha regla cuando por razones de urgencia, emergencia o exclusividad impidan la realización de la licitación pública u otro procedimiento oportuno¹⁶. En

¹⁵ Artículo 25, decreto 1023/01.

¹⁶ Artículo 25, inc. d), decreto 1023/01.

estos casos, la normativa ampara la posibilidad de que la Administración Nacional pueda utilizar el procedimiento de contratación directa con proveedores y dispensar de la convocatoria de un procedimiento de selección más transparente y competitivo. El inciso (d) del decreto 1023/01 aclara que la posibilidad de contratar de manera directa se habilita de forma excepcional solamente en los siguientes casos:

- (i) cuando no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación;
- (ii) cuando se requieran específicamente los servicios de un persona física o jurídica particular, como en el caso de la realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas;
- (iii) cuando se requieran bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de un sólo proveedor, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes;
- (iv) cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasaren en el primer y segundo llamado;
- (v) cuando por probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno;
- (vi) cuando el Poder Ejecutivo Nacional haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional;
- (vii) cuando se trate de contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las universidades nacionales, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud; y
- (viii) en la locación de inmuebles, en los casos en que la Administración Nacional, actúe como locatarios.

Asimismo, para asegurar los principios generales de difusión, publicidad y transparencia en las compras y contrataciones públicas establecidos en el art. 3 y 9 del decreto 1023/01, la Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública establece la obligación de la Administración Nacional y demás sujetos obligados de publicar la información relativa a las contrataciones. A tales fines, el decreto reglamentario 1030/16 dispuso la competencia de la ONC para habilitar los medios para efectuar en forma electrónica los procedimientos de compras y contrataciones, así como dictar los manuales de procedimiento y establecer las excepciones a la tramitación electrónica, siempre que se funde en circunstancias objetivas. Con este objetivo, la ONC aprobó la disposición N° 65/16 que crea el sistema COMPR.AR, una plataforma electrónica de gestión de las compras y contrataciones de la Administración

Pública Nacional, en la que se deben efectuar todos los procedimientos de adquisiciones descriptos en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional del Decreto N° 1030/16.

El régimen normativo del decreto 1023/01 solamente es aplicable a los procedimientos de contratación en los que sean parte los organismos del inciso (a) de la Ley 24.156: la Administración Central y los Organismos Descentralizados. Se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de dichas normas las EPE, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, y otros organismos que cuentan con un régimen específico como la AFIP y el PAMI. Las entidades no comprendidas, sin embargo, pueden voluntariamente aplicar el sistema que se describe precedentemente y participar de su operatoria¹⁷. En el apartado siguiente, se brinda el ejemplo de una EPE que replicó el funcionamiento del régimen de compras y contrataciones públicas del decreto 1023/01, especialmente en lo relativo a los procedimientos de selección, los casos enumerados para habilitar la compra directa y lo relativo a las compras y contrataciones a través de formatos digitales para promover la transparencia, publicidad y difusión de las compras de esta EPE.

3.2. Régimen legal aplicable a las compras y contrataciones a las EPE (inciso (b) Ley 24.156)

Como se menciona anteriormente, el régimen normativo de compras y contrataciones de la Administración Nacional establecido en el decreto 1023/01 y decreto reglamentario 1030/16 no es aplicable a las EPE contempladas en el inciso (b) de la Ley 24.156, aunque se establece la posibilidad de que lo adopten voluntariamente, como el caso de Trenes Argentinos¹⁸ (cuadro 2), que exponemos a continuación.

Cuadro 2: Manual de Compras y Contrataciones de Trenes Argentinos

El artículo 18 del Manual de compras y contrataciones de Trenes Argentinos ("TA") establece los distintos procedimientos de contratación previstos: a) licitación pública; b) concurso de precios y d) contratación directa. El funcionamiento de estos procedimientos, particularmente en el caso de la compra directa, es muy similar al previsto en el decreto 1023/01.

¹⁷ Oficina de Anticorrupción (2013). Herramientas para la Transparencia en la Gestión. Compras y Contrataciones Públicas. En: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/compras_guidelines_4.pdf. Consultado el 10 de mayo de 2020.

¹⁸ Manual de Compras y Contrataciones. Trenes Argentinos Infraestructura. Consultado el 15 de mayo de 2020 en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_de_compras_y_contrataciones_0.pdf

La licitación pública se aplica para las contrataciones que superen un monto equivalente a 30.000 VM. La convocatoria a ofertar en la Licitación pública se publicará en el sitio web de TA. El concurso de precios se establece para la adquisición y/o contratación que (i) resulten ser estandarizadas o de uso común; (ii) cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas en la convocatoria; (iii) no requieran de análisis técnicos; (iv) el plazo para la ejecución de las obligaciones por parte del eventual proveedor no exceda de un (1) año; y (v) donde se pondere directamente el menor precio ofrecido. Además se establece que cuando el monto estimado para el concurso de precios sea mayor a 1.000 VM, la publicación y apertura de ofertas se realizará a través del sitio web de TA.

Por último, la compra directa se establece sólo para los siguientes casos:

- a) por razones fundadas y probadas de urgencia o emergencia que impidan la realización de otra modalidad de contratación en tiempo oportuno;
- b) cuando la licitación o el concurso hayan resultado desierto o fracasado (manteniéndose los mismos términos y condiciones);
- c) cuando se trate de adquisiciones de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo;
- d) cuando se trate de un proveedor exclusivo;
- e) cuando se trate de reparaciones de máquinas y equipos cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria;
- f) cuando el proveedor sea alguna jurisdicción y/o entidad del Estado Nacional y/o organismos provinciales, municipales, del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EPEs o Universidades Nacionales o instituciones educativas públicas;
- g) cuando el proveedor sea alguna empresa pública extranjera y la contratación se encuadre en convenios marcos de cooperación celebrados entre las partes;
- h) Cuando se trate de acuerdos de colaboración empresarial con personas jurídicas públicas o privadas, motivados por especiales razones estratégicas de conveniencia, debiendo ser aprobado y/o ratificado por decisión fundada del Directorio;
- i) Cuando se trate de obras complementarias indispensables en una obra en curso de ejecución que no hubiera podido ser prevista en el proyecto ni en el Contrato respectivo;

Además, se establece que se deben invitar no menos de tres (3) posibles oferentes y las convocatorias deben ser publicadas en el sitio web con la documentación respectiva que rija el proceso. Las causas, circunstancias o razones que justifiquen la contratación directa deberán quedar razonablemente fundamentadas y documentadas en el expediente digital adjunto.

Las EPE son personas jurídicas regidas por el derecho privado, particularmente por la Ley General de Sociedades 19.550 (“LGS”). El artículo 149 del Código Civil y Comercial de la Nación (“CCCN”) aclara: *“Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido*

en dicha participación". Ante la ausencia de obligaciones especiales en la LGS y en el CCCN, cada EPE establece sus propias políticas y manuales de compras y contrataciones para bienes y servicios como cualquier otra empresa privada. No obstante, como en el caso de Trenes Argentinos (Cuadro 2), muchas de las EPE adoptan voluntariamente sistemas de compras y contrataciones similares a los que establece el decreto 1023/01 para la Administración Central y los Organismos Descentralizados.

Al igual que lo que se establece en el decreto 1023/01, la mayoría de las EPE tienen como regla general del sistema de compras y contrataciones un procedimiento de contratación que sea más competitivo y transparente como pueden serlo una licitación o un concurso. Solamente se habilita la contratación directa como vía excepcional ante circunstancias excepcionales y específicamente previstas en sus manuales de compras y contrataciones, como pueden serlo una situación de urgencia, emergencia o cuando se trate de un proveedor exclusivo.

El objetivo de este tipo de normas de compras directas y simplificadas (en las EPE y en el caso de la Administración Nacional) es darle cierto margen de flexibilidad al sistema de compras y contrataciones para poder tomar decisiones eficientes frente a las situaciones urgentes o circunstancias excepcionales. Así, por ejemplo, en el caso de un corte de luz masivo, se contempla la posibilidad de que una EPE pueda comprar de manera directa y rápida el combustible necesario para alimentar los regeneradores de electricidad y así evitar que se caiga el sistema o se pierda información valiosa almacenada en el centro de cómputos de la EPE. En estos casos de urgencia, no sería razonable ni eficiente que la EPE realice una licitación de proveedores de combustible porque demoraría mucho tiempo, corriendo el riesgo de perder información estratégica de la empresa¹⁹.

En este sentido, compartimos la opinión de Mairal (2007) en que cierto grado de discrecionalidad en el procedimiento de contratación es deseable, porque una norma no da la solución a toda situación a la que se enfrentan las EPE. Pero sostenemos que la discrecionalidad otorgada al funcionario público a la hora de comprar bienes y servicios a través de la compra directa sin el adecuado control abre la puerta a un sinnúmero de oportunidades de corrupción para las EPE. En este punto cabe recordar la fórmula de la corrupción de Robert Klitgaard, doctor en economía de la Universidad de Harvard y experto en temas de control de la corrupción. El experto sostiene que la corrupción es igual a Monopolio (poder monopólico del organismo) más Discrecionalidad (grandes facultades discrecionales por parte de los

¹⁹ En abril del 2020, realicé una entrevista a un ex funcionario público del Correo Argentino durante el período de 2015-2019. En nuestras conversaciones, el funcionario me explicó que este ejemplo del corte de luz había sucedido efectivamente en el centro de cómputos del Correo Argentino en Montegrande. En este caso, se utilizó el procedimiento de compra directa para comprar combustible para los regeneradores porque, dada la urgencia de la situación, no se podía realizar un procedimiento de licitación o concurso. Para ver un informe de la entrevista, remitirse al Anexo II.

funcionarios a cargo) menos rendición de cuentas²⁰ (débil responsabilidad del organismo ante el mandante) (Klitgaard, 2000, pág. 27)²¹.

De acuerdo a lo que plantea Klitgaard (2000), habría una íntima relación entre la corrupción y la existencia de facultades discrecionales (como, en este caso, la posibilidad de contratar de manera directa en situaciones de urgencia, emergencia y excepcionalidad). Pero creemos, como explica Mairal, que el problema de la corrupción no está en la existencia misma de facultades discrecionales por parte de la EPE, sino en el abuso en el ejercicio de la discrecionalidad de los funcionarios públicos que, sin el control adecuado, lleva a la creación de oportunidades de corrupción. La discrecionalidad debe ser la excepción a la regla o la última ratio. El problema está, entonces, en la propensión a hacer constante uso de la discrecionalidad para apartarse de la regla general de publicidad, competencia y transparencia como ser la licitación o el concurso en los procesos de compras y contrataciones de las EPE.

Para tratar de regular estas facultades discrecionales y aumentar la transparencia y control en el ámbito de compras y contrataciones de las EPE, el Estado ha implementado una serie de leyes, controles externos, y lineamientos que se mencionan en el apartado 1.2. y se analizarán en profundidad en el apartado siguiente. Todos estos avances normativos impulsados por el Gobierno de Mauricio Macri han incrementado los estándares de transparencia a través de las medidas de prevención de la corrupción impulsadas. Sin embargo, al analizar en profundidad cada uno de ellos expondremos los riesgos que aún persisten en materia de corrupción.

Universidad de
San Andrés

²⁰ La traducción es mía. La fórmula original de Klitgaard es “*Corruption (C) equals monopoly power (M) plus discretion by officials (D) minus accountability(A)*”

4. Avances normativos en el área de compras y contrataciones de las EPE

Desde 2016, el gobierno ha implementado diversas reformas institucionales que promueven una mayor transparencia, control y rendición de cuentas para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en la Argentina. En el marco de la lucha de la anticorrupción en las EPE, el gobierno sanciona la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública y los Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina, entre otras medidas que trataremos a continuación.

4.1. Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

En noviembre del 2017, el gobierno sanciona la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, orientada a promover la organización empresarial ética y la colaboración del sector privado en la lucha contra la corrupción. Con su sanción, la Argentina ajusta por fin su legislación a las pautas de la Convención contra el Soborno Transnacional de la OCDE, aprobada por el Congreso de la Nación el 9 de abril de 2001. El proyecto de la Ley 27.401 es elaborado por la OA en base a una propuesta del Centro de Estudios Anticorrupción de la Universidad de San Andrés y elevada por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso.

La Ley 27.401 establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por delitos relacionados con la corrupción²² cometidos por ella o por cualquier persona física actuando en su nombre, interés o beneficio. La manera que tienen las empresas de evitar o reducir las penas es estableciendo un programa de integridad o *compliance* acorde a las actividades y riesgos específicos de cada empresa en particular. Las empresas no están obligadas a adoptar estos programas de integridad pero es una condición necesaria para todas aquellas empresas que quieran contratar con el Estado, en el marco de los contratos y licitaciones que: (a) por su monto, deba ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y (b) se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado 1023/01²³ y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o

²² Ley 27.401: Delitos de cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (Art. 1 inc. a)); negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (Art. 1 inc. b)); concusión (Art. 1 inc. c)); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (Art. 1 inc. d)); y balances e informes falsos agravados (Art. 1 inc. e)).

²³ Art. 4° Decreto 1023/01 – Contratos comprendidos. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos:

a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

licencia de servicios públicos. Es por esto que los programas de integridad constituyen una virtual imposición para un buen número de compañías, especialmente aquellas con riesgos altos de interacción con el sector público y vocación de participar en los grandes procedimientos licitatorios del Estado Nacional. Lo que sí resulta obligatorio en caso de que una persona jurídica decida tener un programa de integridad, es que éste cuente con al menos tres elementos específicos: (i) código de ética, (ii) reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en las compras y contrataciones y otras interacciones con el sector público, y (iii) capacitación periódica sobre el programa de integridad a directores, administradores y empleados²⁴.

El decreto reglamentario 277/2018 de la Ley 27.401 determina que será la OA el organismo responsable de establecer aquellos lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de los establecido en los arts. 22 y 23 -el contenido de los programas de integridad- de la citada Ley. En este sentido, se sigue la práctica internacional de países como el Reino Unido, Estados Unidos, Brasil y España de poner en manos de un organismo técnico la elaboración de guías y estándares orientadores, pero no vinculantes. En este contexto, la OA emitió la resolución 27/2018 en donde se aprueba una guía técnica para la implementación de los Programas de Integridad para las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, las agencias estatales, los operadores del sistema de justicia y la comunidad profesional experta.

Si bien la Ley 27.401 no establece expresamente una autoridad cuyas resoluciones sean vinculantes para los sujetos comprendidos en la Ley, de los antecedentes parlamentarios y del decreto 277/2018 que delega la regulación de los arts. 22 y 23, resulta claro que es la OA el organismo responsable en emitir opiniones que, aún sin ser jurídicamente vinculantes, influyen de manera decisiva sobre la interpretación de la Ley 27.401 por parte de los sujetos obligados y las autoridades facultadas para aplicarla (Martínez D., (S/F)).

Ante el silencio de la Ley 27.401 no es posible evitar preguntarnos lo siguiente: ¿cómo certifican las empresas que cuentan con un programa de integridad adecuado más allá de las recomendaciones de la OA? y ¿qué organismo es responsable de evaluar si dichos programas son adecuados? Como explica Diego Martínez (S/F), el hecho de que la Ley 27.401 no haya establecido expresamente una autoridad de aplicación se debe a una elección deliberada del legislador. En efecto, el debate parlamentario muestra que la propuesta del proyecto original de que sea la OA quien tenga a cargo las facultades de interpretación y elaboración de estándares de la Ley es suprimido y no le es conferido dicho cargo a ningún organismo. Al ser ésta una norma con un alcance de aplicación muy amplio, esta norma ha sido destinada para ser interpretada y reglamentada por múltiples autoridades:

²⁴ Art. 23 Ley 27.401.

jueces y fiscales, el Poder Ejecutivo Nacional, cada organismo del sector público nacional que lleve adelante procedimientos licitatorios, organismos con funciones de regulación y control en ámbitos específicos en relación a las personas jurídicas (como la CNV, la Unidad de Información Financiera, el Banco Central, etc.), entre otros (Martínez D., (S/F)).

En función del artículo 24 de la Ley 27.401, un programa de integridad que cuente con un régimen de compras y contrataciones destinado a prevenir la corrupción es condición necesaria y previa para todas las personas jurídicas que contraten con el Estado en los siguientes casos: (a) contratación y compra de bienes y servicios con los organismos nacionales que estén alcanzados por el régimen del decreto No 1023/01; (b) obra pública con el Estado dentro del régimen de la Ley 13.064; (c) concesiones de obra pública en el sistema de peaje reguladas por la Ley 17.520 así como cualquier otra concesión o licencia para explotar un servicio público; (d) proyectos de participación público privada (“PPP”).

De la redacción de la Ley 27.401 surgen dos interpretaciones posibles: (a) la obligación de contar con un programa de integridad se torna exigible sólo al adjudicatario de la compra pública en la medida en es una condición necesaria para poder *contratar* con el Estado, o (b) la obligación de contar con un programa de integridad se torna exigible para todos los que participen en los procesos de compras y contrataciones con el Estado, independientemente de que puedan no contratar con el Estado en última instancia. Resulta claro que el espíritu de la Ley 27.401 es operar como un filtro de idoneidad ético de potenciales contratistas y no ser una condición posterior a la adjudicación o celebración del contrato. El decreto reglamentario 277/2018 favorece esta interpretación al establecer que la existencia del programa de integridad *“deberá ser acreditada junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria”*.

La Ley 27.401 es uno de los primeros avances del Estado en la lucha contra la corrupción en el área de compras y contrataciones de las EPE. Si bien deja la posibilidad de adoptar los programas de cumplimiento a cada una de las EPE, en caso de que estas opten por adoptarlo, el programa deberá contar con una política de compras y contrataciones destinada a prevenir ilícitos relacionados con la corrupción. Esto último se vuelve obligatorio en caso de que las EPE decidan participar en procesos de compras y contrataciones con el Estado. En consecuencia, este es uno de los primeros pasos del gobierno hacia la transparencia e integridad en el área de compras y contrataciones de las EPE.

4.2. Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina

En febrero de 2018, la JGM crea un conjunto de buenas prácticas de gobernanza y gestión de las EPE basados en las recomendaciones de la OCDE. Actualmente constituyen el principal instrumento normativo en material de gobierno corporativo de EPE a través de una serie de recomendaciones que deben ser adoptadas por cada una de las EPE. Los Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Mayoría Estatal (los “Lineamientos”) responden al objetivo de gobierno nro. 82 de las 100 Iniciativas Prioritarias impulsadas por el gobierno de Mauricio Macri:

“82. Ordenamiento de la Gestión de las Empresas Públicas. El Estado argentino controla unas 41 empresas, con niveles muy variables de profesionalismo y estándares administrativos. Para ayudarlas a generar valor, estamos implementando un conjunto de iniciativas para mejorar el desempeño de las empresas de capital estatal, tanto en la calidad del servicio como en la efectividad y transparencia con que operan. Además, estamos implementando las mejores prácticas existentes en países de la OCDE en lo que concierne al buen gobierno y gestión de empresas públicas”.

Los Lineamientos se estructuran a partir de 6 “Principios de Buen Gobierno”: (i) eficiencia, (ii) transparencia, (iii) integridad, (iv) generación de valor, (v) estándar de empresa listada y (vi) roles diferenciados del estado. Estos Principios sirven como criterio de interpretación en caso de conflicto con los Lineamientos. Por su parte, cada uno de los 7 Lineamientos cuenta con 5 principales aplicaciones prácticas, a efectos de facilitar el diseño de las políticas específicas por parte de las EPE. Los Lineamientos son: (i) transparencia y acceso a la información por parte de las EPE; (ii) integridad; (iii) sustentabilidad; (iv) desempeño económico; (v) alta gerencia; (vi) políticas de compras y abastecimiento y (vii) auditoría y control.

En relación a los Lineamientos, las EPE pueden elegir libremente el diseño institucional que crean más conveniente para implementar dichos objetivos. Además, deben responder cuatrimestralmente un cuestionario bajo la modalidad “cumpla o explique”, detallando de qué forma hacen efectivo el cumplimiento de los Lineamientos. Con el objetivo de contar con una instancia de aplicación de los Lineamientos, la JGM se encuentra en proceso de constituir un Comité Asesor de Buen Gobierno de Empresas de Propiedad Estatal, el cual recibirá los cuestionarios mencionados y se encargará de promover buenas prácticas de gobierno corporativo entre las EPE.

El primer Lineamiento invita a las EPE a publicar información financiera y no financiera vinculada a su actividad en la página web de la empresa. Cabe aclarar que las EPE se encuentran sujetas a la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública, por lo que están obligadas a tener la infraestructura necesaria para cumplir con las obligaciones de información activa y pasiva definidas en la ley. Así, la JGM recomienda a las EPE a publicar al inicio del año fiscal sus objetivos estratégicos y durante el año un informe de gestión sobre

cómo las mismas cumplieron o no con tales objetivos, a los efectos de poder medir el desempeño de las EPE. Asimismo, este Lineamiento recomienda a las EPE publicar su estructura (organigrama de funciones, jerarquías, nombres y antecedentes de los directivos) y políticas de toma de decisiones. A los fines de promover la transparencia en los procesos de contrataciones de bienes y servicios por parte de las EPE, se recomienda la implementación de portales web de compras para que la sociedad y todos los proveedores interesados puedan conocer las reglas de juego, los participantes, sus antecedentes, y resultado final de la adjudicación.

Otro Lineamiento que resulta de interés a los fines de este trabajo es el Lineamiento número (iv) titulado Desempeño Económico. En este caso, la JGM recomienda a las EPE que cuenten con un plan estratégico con objetivos, acciones para alcanzarlo y resultados, de manera que la sociedad y los accionistas puedan evaluar el desempeño económico de la empresa y el manejo de sus recursos. Para lograrlo, las empresas deben establecer indicadores de gestión específicos de cada área, medibles, realistas, y temporales. Además, se fomenta el uso de herramientas de “benchmarking” o indicadores de mercado que sirvan para comparar el desempeño de la empresa con el resto de la industria. Es deseable que las empresas monitoreen periódicamente el cumplimiento de sus metas, publicando sus resultados (y comparando el desempeño contra años anteriores), detectando desvíos y elaborando estrategias de readecuación. Para evitar la manipulación de los datos, se recomienda que las empresas cuenten con softwares especiales para monitorear y consolidar resultados.

El sexto Lineamiento es de fundamental importancia para este trabajo ya que lleva a las EPE a adoptar políticas y procesos de compras y abastecimiento orientados a la adquisición de bienes y servicios de calidad asegurando el mayor ahorro posible de sus recursos. Estas políticas de compras y abastecimiento deberían promover la transparencia, la integridad y la eficiencia en todos los procesos de compras, justificando ante la necesidad y conveniencia de llevar adelante la compra específica a través de la publicación de ofertas. Se resalta la importancia de fomentar la competencia justa y abierta entre oferentes de manera de reducir los precios de las adquisiciones y, para ello, se recomienda la publicación por parte de las EPE de análisis frecuentes de mercado, con indicación de los principales oferentes, antecedentes, y otros aspectos relevantes. En la misma línea, se sugiere la formación de comités de deliberación de las adjudicaciones y seguimiento de políticas de compras. Entre las aplicaciones prácticas de este Lineamiento, la JGM recomienda (a) que las EPE cuenten con personal profesional con conocimientos aptos para los desafíos del área; (b) la planificación anual de los insumos y productos necesarios para el funcionamiento de la empresa, (c) la evaluación del cumplimiento de la estrategia del área de compras, monitoreando el gasto por rubro de compra y el estado del proceso de abastecimiento, y (d)

la evaluación regular del desempeño de los proveedores según criterios e indicadores preestablecidos. Por último, se destaca la relevancia de comprometer a los proveedores de las empresas en el cumplimiento de una conducta transparente e íntegra en el proceso de compras y adquisiciones.

Si estos Lineamientos fueran aplicados por las EPE de manera correcta, se produciría un cambio cultural dentro de estas entidades que se traduciría en mejores desempeños financieros por parte de las EPE que fomentarían el desarrollo económico, social y medioambiental del país y, al mismo tiempo, contribuiría a afianzar los lazos democráticos entre la sociedad y el Estado. Sin embargo, estas recomendaciones no logran este cambio cultural dentro de las EPE ya que: (i) una serie de recomendaciones dictadas por la Jefatura de Gabinete mediante una resolución administrativa no tienen la fuerza normativa que una ley sancionada por el Congreso; (ii) se otorga a las EPE un amplio margen de discrecionalidad para implementar los Lineamientos y (iii) el sistema de evaluación de cumplimiento de las empresas se basa en un sistema muy laxo de “*cumplir o explicar*”, principio promovido por la OCDE, que no cuenta con un organismo rector con autoridad suficiente para sancionar a aquellas EPE que no adopten los Lineamientos.

Todas las medidas implementadas en los últimos años que mencionamos hasta aquí han aportado significativos avances en lo que respecta a la transparencia e integridad en la gestión de las EPE. Los mejores puntajes que obtuvo la Argentina en el 2018 en el índice de corrupción de Transparencia Internacional²⁵ ya referido es evidencia de esto. Sin embargo, creemos que aún queda un largo recorrido por transitar en materia de anticorrupción tal como expondremos a continuación.

²⁵ Transparencia Internacional Índice (S/F). Índice de Percepción de la Corrupción 2018. Consultado el 28 de junio de 2020 en https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf

5. Enfoque institucional de la corrupción

Antes de comenzar a analizar los riesgos en el área de compras y contrataciones de las EPE, es necesario hacer una aclaración respecto del enfoque que utilizaremos para tratar de identificar dichos riesgos. Para ello, tomaremos el punto de vista de Susan Rose Ackerman (1991).

Muchos expertos en materia de corrupción han realizado numerosos estudios en donde tratan de identificar los factores o causas que llevan a la corrupción en un país. Para algunos, los factores que inciden en la corrupción son culturales, mientras que para otros pueden ser sociales, económicos y/o políticos. En el caso de la Argentina, muchos autores han argumentado que el origen de la corrupción argentina es el resultado de los patrones culturales de nuestra idiosincrasia como el desapego a las normas o la utilización de la función pública para provecho propio, conductas que se creen imposibles de cambiar o modificar por estar ligados a diferentes herencias de la historia de nuestro país. Los argentinos, como el resto de los latinos, se caracterizan por tener fuertes vínculos interpersonales, factor importante para que se privilegie la amistad por sobre la ética en determinadas circunstancias. Visiones como ésta sostienen que la causa de la corrupción en la Argentina es la constante cultura de incumplimiento de las normas jurídicas que debilita la norma y aumenta la indefensión jurídica del particular contra el funcionario. Según este enfoque, la corrupción está sistematizada en nuestra sociedad y para revertirla hay que impulsar un cambio cultural profundo.

De manera contraria a lo mencionado precedentemente, el análisis institucional de la corrupción que propone Rose Ackerman (1991) y que se persigue en este trabajo, se contrapone a la visión que ve a la corrupción como una consecuencia de los patrones culturales de una sociedad. En cambio, la mirada Rose Ackerman sugiere que la corrupción es el resultado de instituciones que son deficitarias en un país. Ejemplos de estas instituciones son el sistema de recaudación tributaria, el sistema de subsidios, el financiamiento electoral, la educación o incluso el sistema de compras de las EPE. Lo que plantea Rose Ackerman para reducir la corrupción, es que primero es necesario analizar una institución determinada (como ser la institución de las compras de las EPE) e identificar las estructuras de oportunidades de corrupción que existen en esa institución a través de un mapeo de riesgos actuales y potenciales. En segundo lugar, se debe analizar qué incentivos y qué posibilidades de control de prevención de actividades corruptas existen para los actores involucrados en la institución concreta. Una vez identificados los riesgos y los mecanismos de control, se puede plantear una reforma institucional que reduzca las oportunidades de corrupción potenciales o actuales de la institución analizada.

Siguiendo este enfoque, en este trabajo consideramos que la forma de prevenir la corrupción en las EPE es analizando la institución del sistema de compras y contrataciones e identificando los principales riesgos existentes en materia de integridad y transparencia que inciden directa o indirectamente a favorecer la corrupción. Luego de este primer paso, analizaremos las capacidades y oportunidades de control de estas actividades corruptas que tienen los sujetos que intervienen en el proceso de compras de las EPE. Finalmente, allí donde creamos que aún existen fallas en la institución en donde no hay controles efectivos que logren prevenir la creación de oportunidades de control, recomendaremos ciertas estrategias y medidas de transparencia y control que tiendan a prevenir la creación de oportunidades de corrupción.



Universidad de
San Andrés

6. Mapa de riesgos en el sistema de compras y contrataciones de las EPE

El primer paso en el enfoque institucional de la corrupción que propone Rose Ackerman (1991), es la identificación de riesgos de corrupción presentes en una institución. Siguiendo este protocolo, realizaremos un mapeo de los riesgos presentes en el sistema de compras y contrataciones de las EPE que crean oportunidades de corrupción actuales o potenciales.

Según la CIPPEC²⁶, los riesgos más relevantes en el ámbito de compras y contrataciones son los asociados a las licitaciones y compras simplificadas, la contratación de personal y la elaboración de presupuestos. En todas estas etapas de la contratación, la CIPECC identifica la creación de riesgos de discrecionalidad en el accionar del funcionario, la falsificación de datos, la falta de transparencia, el fraude al interés social de la empresa, el nepotismo y el favoritismo político, los sobornos y el conflicto de interés.

A continuación se realizará una exposición de los principales riesgos de corrupción en el área de compras y contrataciones, en base a trabajos realizados por la OA²⁷ y otros organismos internacionales.

Uno de los principales riesgos en el área son los relacionados con la **falta de planificación de las necesidades de las EPE** con suficiente anticipación. Esto se genera cuando los distintos sectores de las EPE no llevan registros de los bienes y servicios que necesitan y no cuentan con tiempo suficiente para solicitarlos al área de compra. Ante la falta de planificación anticipada, se llega a la situación en donde se tiene que contratar los materiales de manera apresurada y con poco control sobre el precio o la buena calidad del bien o servicios. Como se explica anteriormente, la mayoría de las EPE siguen el mecanismo del decreto 1023/01 que establece que las compras habituales y previsibles deben realizarse bajo los procedimientos de licitación o concurso. Como las licitaciones y los concursos son procedimientos públicos, competitivos y más abiertos demandan más tiempo entre la solicitud de la compra y la adjudicación final del contrato. Si una EPE no cuenta con obligaciones regulares de planificar sus necesidades de acuerdo a sus actividades y objetivos, las compras de esa EPE siempre se van a requerir con premura. Al crearse estas necesidades de bienes y servicios urgentes, los distintos sectores de las empresas exigirían apartarse de los procedimientos competitivos, públicos y abiertos como las licitaciones o los concursos para contratar de manera directa, amparándose en las causales de urgencia previstas para la

²⁶ CIPECC (S/F). Mapeo de riesgos a la integridad en las empresas públicas. Consultado el 27 de abril de 2020 en: <https://www.cippecc.org/textual/para-prevenir-la-corrupcion-en-las-empresas-publicas-primero-hay-que-identificar-los-riesgos-de-integridad-que-enfrentan/>

²⁷ Raigorodsky, Nicolás y Del Boca, Vanesa (2008). El Estado de las Contrataciones. Mapa de Condiciones de Transparencia y Accesibilidad en las Adquisiciones Públicas. Oficina Anticorrupción. Buenos Aires.

utilización de este procedimiento. Todo esto incrementaría los costos del sistema porque al comprar de manera directa no se garantiza que una EPE esté comprando “bien” ni que se otorgue la debida transparencia y control social al proceso de compra.

Otras veces se justifica la compra directa de ciertos bienes o servicios porque se trata compras por montos menores que, de acuerdo con la norma de compras y contrataciones de algunas EPE, habilita a la empresa a comprar de manera directa. Pero en algunos casos se evidencia una **gran cantidad de compras directas por idénticos servicios y o bienes** que se hubiesen podido unificar bajo un solo procedimiento público, competitivo y transparente, que contemple la provisión de ese bien o servicios por un tiempo prolongado. Se recurre a la compra directa cuando se podría haber contratado mediante una licitación o concurso, y se aumentan los costos de gestión respecto de recursos humanos, económicos y procedimentales invertidos en cada compra directas pequeñas.

En línea con lo expuesto hasta aquí, exponemos el riesgo que creemos crea más oportunidades de corrupción en el sistema de compras y contrataciones de las EPE: **el abuso de la compra directa cuando no existen las causales previstas para la utilización de este tipo de procedimiento de contratación excepcional**. Como expusimos en los apartados anteriores, la mayoría de las EPE tienen sistemas en donde se establece que la regla general debe ser los procedimientos abiertos y competitivos y, sólo de manera excepcional ante situaciones urgentes o de excepcionalidad del bien o servicio, se habilita la posibilidad de contratar de manera directa con el proveedor. Esta norma fue creada para darle flexibilidad a las EPE para que puedan reaccionar de manera más eficiente ante circunstancias excepcionales y no pierdan competitividad en el mercado. Sin embargo, esta discrecionalidad ha creado situaciones en el pasado en donde los funcionarios de las EPE han abusado de este procedimiento excepcional y han efectuado compras directas cuando deberían haber contratado por concurso público. Al recurrir a la compra directa cuando las circunstancias no lo ameritan, no hay control efectivo sobre los precios a los que se contrata ni con el proveedor con el que se contrata generando problemas de conflicto de interés.

Por otro lado, cuando una EPE recurre constantemente a este sistema de contratación, se provoca un **desincentivo a la participación de los potenciales oferentes en las próximas convocatorias**. En algunas EPE, se necesita un cierto umbral de ofertas o cotizaciones mínimas en cada uno de los distintos procedimientos de contratación para poder iniciar la instancia de evaluación de las ofertas. Los desincentivos que se pueden crear por el abuso de la compra directa pueden provocar que nunca se llegue al mínimo de cotizaciones que requiere sus normas. Cuando esto sucede, se puede declarar desierto o frustrado el procedimiento de licitación o concurso por falta de ofertas suficientes, lo que abre la puerta a que una EPE pueda contratar de manera directa. O bien, cuando no se llega a las cotizaciones mínimas se pueden provocar prolongaciones en el proceso de contratación

creando situaciones en donde, por la prolongación del proceso, las necesidades de bienes y servicios devienen urgentes lo que justifica que una EPE compre de manera directa.

Otro de los problemas que se advierten en las EPE es en la etapa de la **elaboración del pliego de bases y condiciones**. El pliego es el conjunto de reglas que elabora una EPE para organizar el procedimiento de selección del contratista y delimitar el contenido y alcance del contrato en su integridad. Se compone de un conjunto de cláusulas que especifican el suministro, obra o servicio que se busca contratar, las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista y el procedimiento para la preparación y ejecución del contrato. El pliego es el instrumento mediante el cual se garantiza que la EPE compre de manera adecuada. Por lo tanto, se exige que éste sea flexible y a la vez preciso. En la elaboración del pliego pueden surgir distintos tipos de problemas: (i) que los pliegos no sean lo suficientemente precisos en las especificaciones de bien o el servicio requerido; (ii) que los pliegos no cuenten con toda la información y/o datos para que los potenciales oferentes puedan realizar una cotización y (iii) que los pliegos sean tan sofisticados o impongan requisitos no pertinentes al caso que en la práctica sólo estén dirigidos a pocos proveedores. Cuando en los pliegos se omite información relevante o faltan datos y/o especificaciones pertinentes, ocurre que sólo los proveedores habituales de las EPE pueden suplir esa falta de información. La parte técnica debe ser precisa y clara para que los oferentes puedan hacer sus ofertas de forma adecuada. Asimismo, la falta de precisión en los pliegos dificulta la tarea de los funcionarios al momento de la evaluación de las ofertas, porque al contar con ofertas tan disímiles (por la ambigüedad o falta en las especificaciones) no hay parámetros eficaces de comparación entre ofertas. Es difícil para las unidades de compras desestimar ofertas en base a criterios que no se establecieron claramente en el pliego; y por esta imposibilidad de fundamentar sus elecciones, las EPE terminan en muchos casos comprando mal.

Por otro lado, cuando los pliegos son demasiado sofisticados o exigentes con las especificaciones, se reduce la cantidad de proveedores que pueden presentarse a los llamados, ya que son pocos los que tienen la estructura adecuada para satisfacer las necesidades de las EPE. Esto sucede, por ejemplo, cuando las EPE exigen volúmenes de compra demasiado elevados y son pocos los proveedores que pueden satisfacer esa demanda.

Adicionalmente, se detecta una **falta de publicidad y difusión** de los procesos de compras y contrataciones de las EPE. En la mayoría de las EPE, los manuales de contrataciones exigen la publicación de las licitaciones y de los concursos en los sitios web de las EPE pero no se exige una publicación ex post de los procedimientos de compras

directas ya efectuados²⁸. Esto genera que no haya transparencia ni control sobre las contrataciones efectuadas por parte de las EPE cuando hacen uso de sus facultades discrecionales.

Otro de los problemas que detectamos en el sistema de contratación es que la **convocatoria a oferentes no fomenta su participación**. Cuando las convocatorias a los potenciales oferentes se hacen de manera desinteresada, los proveedores no se interesan en participar provocando que no se llegue al umbral de ofertas o cotizaciones exigidas por cada EPE para iniciar el procedimiento de compra. Todo esto provoca una frustración de los procedimientos más abiertos y competitivos y causando que se tenga que comprar de manera directa. La OA ha demostrado en sus estudios que hay mucha correlación entre el modo en que se hace la convocatoria y la cantidad de ofertas que se consigue (Raigorodsky, Nicolás y Del Boca, Vanesa, 2008).

Muchas veces, el criterio de selección de ofertas es el precio ofrecido. A la hora de **evaluar las ofertas** no se toma en consideración la calidad de los bienes y/o servicios ofertados y los antecedentes de las empresas cotizantes. Esto puede suceder porque el personal a cargo de la evaluación de las ofertas no es un experto en el área en el que se quiere comprar o no cuenta con herramientas de negociación y evaluación de ofertas acordes a esa industria. Los que sí podrían contar con estas herramientas son los especialistas de cada sector dentro de la EPE que solicitaron la compra del bien o servicios (ej: el departamento de infraestructura, transporte, etc).

Otros de los problemas comunes en las EPE, es que **el personal a cargo del área de compras y contrataciones no suele estar capacitado en el área**. La capacitación de los actores que participan en el procedimiento de compras y contratación de una EPE es vital para que los resultados del área sean positivos. Debido a las influencias políticas sobre las EPE, es común que la constante rotación de personal en el área de compras y contrataciones conspira contra la adecuada capacitación de sus agentes y la eficiencia en la gestión de las adquisiciones. Es necesario que el personal sea capacitado para agilizar los procedimientos y favorecer una mayor concurrencia de oferentes. La falta de profesionalidad de los funcionarios se traduce en planificaciones inadecuadas, presupuestos no apropiados y/o gestiones irregulares todo lo cual genera retrasos innecesarios en el procedimiento y mayores costos para el sistema. No se trata de funcionarios que conozcan las normas a la perfección, sino que puedan ejecutarla de manera eficiente en la práctica. Se requiere de personal que conozca el mercado, que tenga noción de que es conveniente (o no) comprar en cada momento y de qué forma es recomendable comprar.

²⁸ Este es el caso de Manual de Compras y Contrataciones. Trenes Argentinos Infraestructura. Consultado el 15/5/2020 en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_de_compras_y_contrataciones_0.pdf

Finalmente, otro de los riesgos de corrupción característicos en el sistema de compras y contrataciones públicas son los asociados a la **falta de controles eficaces** en el sistema. Por más que muchas EPE publiquen sus procesos de compras y contrataciones en sus sitios web, muchas veces esta información es incompleta por lo que no se logra un control social efectivo. Por otro lado, no hay un organismo a cargo de controlar la publicación de la información o los mecanismos utilizados para cada compra. Si bien algunas EPE establecen instancias de supervisión de los procedimientos y las justificaciones para apartarse de los procedimientos habituales, detectamos que en la práctica estos controles no son efectivos. Cuando una EPE contrata de manera directa tiene que fundamentar y justificar su conducta para apartarse de procedimiento usual de licitación o concurso y usar la vía excepcional de compra directa. En estos casos, el problema central es la falta de control (por parte de un ente superior a las EPE y por parte de la sociedad civil) en el apartamiento de las normas y en el uso de facultades discrecionales.



Universidad de
San Andrés

7. Hacia un entramado de transparencia y eficiencia en el Régimen de Compras y Contrataciones en las EPE

Luego de haber expuesto los principales riesgos en el área de compras y contrataciones de las EPE, procedemos al segundo paso del enfoque de la corrupción de Rose Ackerman (1991) y propondremos una serie de sugerencias con el objetivo de reducir estas oportunidades de corrupción en el sistema de compras y contrataciones de las EPE. El objetivo es que estas recomendaciones garanticen que la contratación pública se aborde desde un enfoque integral y, a la vez, estratégico.

A lo largo de este trabajo hemos mencionado que el área que creemos provoca más oportunidades de corrupción en el sistema de contratación de las EPE es la utilización indebida de la compra directa. Por otro lado, hemos resaltado la necesidad de que las EPE cuenten con mecanismos de compra más simplificados y rápidos que la licitación para que la EPE tenga la flexibilidad de poder tomar decisiones rápidas y estratégicas sin entrar en desventaja con el resto de sus competidores privados. En ese sentido, suscribimos a la opinión de que cierto margen de discrecionalidad es deseable en las EPE, siempre que no se abuse de dichas facultades y no de lugar la creación de actividades ilícitas. Siguiendo este pensamiento, las sugerencias que se brindan en el presente buscan un equilibrio entre la transparencia de los actos de las EPE, sin afectar su eficiencia.

Las sugerencias y recomendaciones que se detallan a continuación han sido elaboradas siguiendo trabajos propuestos por la OCDE²⁹ y la OA³⁰, dos entidades sumamente comprometidas con la lucha de la corrupción en distintos ámbitos de la función pública. Las sugerencias en materia de compra directa se elaboraron siguiendo las recomendaciones de Transparencia Internacional y *Open Contracting Partnership*³¹.

(i) Planificación de las compras y contrataciones. Lo primero que creemos importante destacar es que por más de que los tiempos del proceso de compras y contrataciones se puedan simplificar, es de suma importancia que todos los sectores de las EPE realicen planificaciones constantes de su equipo para poder determinar con anticipación los bienes y servicios que requieren y así poder adquirirlos con la debida antelación a la necesidad. La planificación de las compras y contrataciones por parte de cada sector, deben estar sustentadas en necesidades genuinas del área, definidas en tiempo oportuno y con su justificación correspondiente. La planificación no sólo es importante para poder respetar el

²⁹ OCDE (S/F). Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública.

³⁰ Ética, transparencia y lucha contra la corrupción en la administración pública: manual para el ejercicio de la función pública / coordinado por Nicolás Gómez ; recopilado por María Alejandra Bello. - 1a ed. - Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2009.

³¹ Open Contracting Partnership. Consultado el 27 de abril de 2020 en <https://www.open-contracting.org>.

procedimiento de compra abierto y competitivo y evitar caer en la compra directa a último momento, sino que también es importante para que cada equipo lleve un registro de los recursos que usa en función de su presupuesto y así pueda realizar planes estratégicos para lograr un uso más eficiente de los mismos. También se aconseja que cada departamento realice las planificaciones con indicadores de mercado precisos que reflejen los precios y la calidad de los servicios en el mercado. Esto permitiría garantizar ciertos márgenes para que las EPE contraten en las condiciones de mercado y no se paguen sobrepagos por los bienes y servicios, afectando los fondos públicos.

Recomendamos que estas planificaciones se hagan regularmente y de manera obligatoria. Para asegurar el cumplimiento regular de estas planificaciones podría crearse un Comité o Gerencia que se encargue de exigir el cumplimiento de estos planes a cada sector de la EPE. Esto resulta útil ya que se responsabiliza a un segundo organismo a llevar registro de los bienes y servicios que se requiere comprar o contratar.

La instancia de definición de las necesidades es sumamente importante de controlar toda vez que es una herramienta muy poderosa para prevenir conductas corruptas y lograr establecer un plan de compras organizado. Con un correcto control en esta etapa inicial se podría evitar que las necesidades de contratación de las EPE fueran sobredimensionadas con el propósito de generar ganancias ilegítimas para empresas con los funcionarios involucrados en la adjudicación. Otra de las oportunidades de corrupción que se podría evitar es la definición de necesidades menores a lo efectivamente requerido con el propósito de utilizar el mecanismo de compra directa y evitar los requisitos de publicidad y competencia normalmente aplicables a las compras de las EPE. Por otro lado, la planificación de las compras y contrataciones por parte de cada sector podría evitar que se llegue a la situación de urgencia en la que se necesite realizar una compra directa porque las necesidades no fueron planificadas y no pueden esperar los tiempos de los procesos de más competencia, como lo son la licitación o un concurso.

También se recomienda a las EPE fomentar la presupuestación para optimizar el diseño y la planificación de la contratación pública. Esta información podrá generar más conocimiento sobre el gasto que se dedica a la contratación pública y podría contribuir a mejorar la gestión, reduciendo duplicidades y gastos innecesarios y mejorando la calidad y el precio de los bienes y servicios. Los compromisos presupuestarios deberán formularse de un modo que desincentive la fragmentación y propicie el uso de técnicas eficientes de contratación pública.

(ii) Simplificación del sistema de compras y contrataciones. Los procesos de compras y contrataciones deberían tener una duración razonable, extendiéndose únicamente por razones de complejidad de los elementos a contratar y del procedimiento seleccionado.

Se recomienda a las EPE que busquen simplificar los procedimientos a través de distintas herramientas como la evaluación de los actuales procedimientos existentes para identificar las duplicidades funcionales, embotellamientos del sistema y otros ámbitos de ineficacia. Asimismo, se recomienda crear, diseñar e implementar instrumentos que mejoren la eficiencia de los procesos de compras y contrataciones a través de mecanismos de centralización de la contratación pública, acuerdos marco, catálogos de compras digitales y la contratación electrónica.

(iii) Contratación electrónica. Una manera eficiente de garantizar la transparencia de todo el proceso de adquisiciones es a través de la publicación de todos los procesos, etapas y personal involucrado de cada compra en el sitio web de la compañía. Asimismo, a través de la contratación electrónica se permite mayor acceso y competitividad en los procedimientos al mismo tiempo que simplifica los procedimientos de convocatoria, comunicación con los proveedores, adjudicación de contratos y la gestión de estos. Las compras a través de un portal electrónico también permitirían ahorrar costos ya que todo se hace en formato digital, de manera inmediata y con acceso a todos los interesados. Resulta muy eficiente que toda la información relativa a una compra (desde el requerimiento, hasta las especificaciones técnicas, el pliego de bases y condiciones, las ofertas y, luego, la adjudicación) estén en un mismo expediente digital que pueden ver muchas personas interesadas al mismo tiempo.

Cabe destacar la importancia de que las herramientas de contratación electrónica sean sencillas de utilizar y adecuadas a sus fines. Sistemas de contratación excesivamente complicados pueden obstaculizar el acceso a nuevos participantes, a las pequeñas y medianas empresas que no cuentan con herramientas tan sofisticadas, y a la sociedad en general que quiere controlar el proceso de compras de las EPE.

(iv) Mecanismos de actualización de precios eficientes. En un contexto inflacionario e inestable como el de la Argentina, es difícil pretender que los precios a los cuales una empresa pretende contratar se mantengan estáticos durante todo el proceso de compra. La mayoría de los manuales de compras y contrataciones establecen la aplicación de distintos procedimientos de compras de acuerdo con los montos y los precios de los bienes y servicios que se pretenden adquirir. Si estos montos no son actualizados constantemente, se generarían constantes parálisis de los procesos de compra iniciados porque muchas veces la cotización inicial efectuada por el proveedor al momento de la oferta ya no tiene el mismo valor que luego de unas semanas donde se está por hacer la adjudicación. Esto tiene aún más impacto en contextos inflacionarios como el de la Argentina.

Por estos motivos se recomienda un mecanismo o fórmula de actualización de precios que considere diversos factores como el índice inflacionario del país y otras variantes. Esto evita que los procesos de compras que ya están en la etapa de adjudicación se paralicen porque el precio cotizado al momento de la oferta queda desactualizado por la demora del proceso. Un mecanismo de adecuación de precios busca evitar que los proveedores carguen con el costo financiero, uno de los aspectos más relevantes a la hora de priorizar el cuidado de los proveedores.

Una práctica interesante de este mecanismo es el expuesto en el manual de compras y contrataciones de Trenes Argentinos³². En el artículo 14 se establece que todos los montos y escalas del manual de compras y contrataciones son referidas a un Valor Módulo (VM) que es definido y periódicamente revisado por el Directorio basado en parámetros objetivos que podrán incluir, entre otros, el tipo de cambio, índices de evolución de costos utilizados para la re-determinación de precios de obras y servicios, etc.

(v) Accesibilidad de los proveedores, garantizando que los pliegos no cuenten con cláusulas que ilegítimamente creen barreras al acceso. Muchas de las contrataciones de las EPE se hacen bajo normas demasiado extensas, a veces contradictorias entre sí, que dificultan su aceptación y posterior cumplimiento por parte de los proveedores. Muchos proveedores responsables se abstienen de presentar ofertas por el sólo riesgo que representan tales normas. Por otro lado, se conoce que en la mayoría de los casos no existe la voluntad en las EPE de exigir el cumplimiento de tales términos y condiciones, puesto que los mismos funcionarios que contratan desconocen su contenido. Por estas razones, se fomenta que las EPE no elaboren de pliegos que estén dirigidos o «cortados a mano» para darle exclusividad a un proveedor, sino que busquen herramientas para simplificar los pliegos de manera de garantizar la competitividad y el acceso de distintos proveedores y así poder tener una amplia gama de ofertas para poder elegir de acuerdo al mejor precio y mejor calidad del bien o servicios. También se recomienda que los términos y condiciones aplicables sean adecuados y de fácil comprensión y aplicación. Nuestras leyes y reglamentaciones pueden suplir cualquier obligación no escrita en los pliegos o contratos, por lo que es muy sencillo consensuar las normas aplicables. Se desincentiva la creación de pliegos que contienen las habituales cláusulas leoninas que con la finalidad de proteger los intereses del Estado, crean obligaciones muy severas para los particulares sin beneficiar a nadie en la práctica. Se recomienda reducir los costos con los que se ven obligados a cargar los proveedores a fin de fomentar su participación en las ofertas.

³² https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_de_compras_y_contrataciones_0.pdf
consultado el 25/5/2020

Se recomienda que las EPE hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen, disponiendo de pliegos que sean lo más claros y sencillos posible, no tengan condiciones que redupliquen las de otras leyes o reglamentos o las contradigan y que traten a los proveedores de un modo justo, transparente u equitativo. Se recomienda que todas las instrucciones sean claras y estén integradas con toda la documentación necesaria para que los potenciales oferentes estén debidamente informados sobre las especificaciones de la compra, el mecanismo de pago y los criterios de evaluación/ponderación de las ofertas y posterior adjudicación. Por otro lado, se recomienda que el período que se concede a los proveedores para realizar sus ofertas tenga en cuenta el volumen y sofisticación de cada proveedor y la complejidad del contrato, de manera de garantizar que las pequeñas y medianas empresas puedan participar en los procesos.

Se propone un mecanismo de publicidad del proyecto de pliego para que los proveedores y sujetos interesados puedan hacer observaciones, consultas y sugerencias y la EPE pueda realizar aclaraciones sobre los puntos que generan incertidumbre. Para ello, recomendamos una participación en la elaboración del pliego al poner a disposición de todos los sectores interesados (la sociedad civil y los potenciales oferentes) un proyecto de pliego con el objeto de que sea observado y modificado por todos. Esto daría transparencia al procedimiento de elaboración del pliego, mejoraría la precisión y la claridad del mismo, favorecería mayor concurrencia y accesibilidad de proveedores y generaría un adecuado control social de este proceso.

(vi) Cultura de cuidado hacia los proveedores. No hay que olvidar que las EPE participan en el mercado competitivo con otras empresas. Por lo tanto, es muy importante crear una cultura de cuidado de proveedores en las EPE como existe en las empresas privadas. Los proveedores son un factor estratégico para toda empresa sin los cuales la misma no puede cumplir sus fines comerciales. Por lo tanto, es importante cuidarlos, interesarlos y, sobre todo, no sofocarlos. Sin proveedores fieles e interesados, las EPE no pueden llegar a las cotizaciones mínimas necesarias que impongan sus normas para comenzar un proceso de compra. Una cultura de cuidado de proveedores evitaría que los procesos de compras y contrataciones se frenen o se demoren por no llegar a las cotizaciones mínimas que exige la norma de compras y contrataciones de una EPE. Estrategias útiles para el cuidado de proveedores son requerir listado de precios actualizados, generar pre-aprobaciones de ciertos proveedores estratégicos y mantener un flujo periódico de insumos críticos. También se recomienda entablar periódicamente diálogos transparentes con los proveedores para adecuar un adecuado conocimiento del mercado. Creemos importante lograr una comunicación eficaz que permita a los potenciales proveedores comprender mejor

las necesidades de la EPE y, por otro lado, ofrecer a las EPE más información y conocimiento con la que elaborar, conociendo mejor toda la oferta del mercado, unos pliegos para las licitaciones y concursos más precisos y eficaces.

(vii) Personal de compras y contrataciones capacitado. Se recomienda que los profesionales a cargo del área de compras y contrataciones tengan capacidad y aptitud para el trabajo, disponiendo de empleados suficientes en número (para evitar el embotellamiento de pedidos de compra por parte de los distintos sectores) y con las capacidades adecuadas, reconociendo la contratación pública como una profesión en sí misma. Se recomienda que cada EPE brinde cursos de formación periódica de profesionales en la materia y capacitación constante. Es sumamente importante ofrecer a los profesionales de la contratación pública un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito. Se recomienda disponer de una unidad o equipo especial que analice el desempeño de los profesionales a cargo del sistema y establezca vías de ascenso como premio y sanciones como castigos ante irregularidades. Dentro de las capacitaciones al personal a cargo de la contratación, se recomienda incluir programas de formación en materia de integridad, para concientizarlos sobre los riesgos de corrupción, las prácticas fraudulentas y colusorias por parte de los proveedores y la discriminación, y generar conocimiento sobre las posibles vías para hacer frente a esos riesgos y fomentar una cultura de integridad dirigida a prevenir la corrupción. La contratación pública debe verse como una profesión estratégica más que una función simplemente administrativa.

(viii) Instancias de control y evaluación efectivas. Para garantizar el control interno adecuado de las compras y contrataciones efectuadas, proponemos que haya un comité especialista (distinto del personal que llevó a cabo la decisión acerca del procedimiento de contratación, la elaboración del pliego, la convocatoria y la evaluación) encargado de adjudicar la compra. Este comité estará encargado de revisar el proceso de compra o contratación y reportar las irregularidades que ocurran.

También se recomiendan controles externos a las EPE que estén coordinados con el control interno y tenga los suficientes recursos e independencia para que se ejerza una doble fiscalización efectiva en el sistema que sea más difícil de corromper.

La OCDE considera importante establecer un orden jerárquico claro en la supervisión del proceso de compras y contrataciones para asegurarse que las obligaciones de rendición de cuentas estén bien definidas. Otro aspecto clave de un sistema de compras y contrataciones transparentes es asegurar un mecanismo de denuncias que sea equitativo, ágil y objetivo, que genere la confianza suficiente para que todos los actores del proceso puedan reportar todo tipo de irregularidades o sospechas sin generar temor infundado a las

represalias o resignación por parte de los reportantes. Creemos importante también que cada EPE defina un régimen de sanciones eficaces aplicables a los involucrados en actividades ilícitas, que sean, por un lado lo suficientemente disuasivas, pero sin generar temor o aversión al riesgo por parte de los actores en el sistema y que por ello decidan no denunciar las irregularidades.

También recomendamos implementar un mecanismo de evaluación y seguimiento de los cambios y reformas al sistema a fin de que se pueda evaluar cuales de los mecanismos implementados son eficaces y cuáles no. La difusión de estos resultados es sumamente importante a fin de fomentar las consultas y sugerencias por parte del sector privado y la sociedad civil. Para esta tarea se sugiere usar indicadores que permitan cuantificar el rendimiento, la eficacia y el ahorro de dinero a fin de poder realizar un análisis comparativo con períodos anteriores y poder realizar las correcciones o avances que se consideren pertinentes. No obstante, se sugiere seguir elaborando herramientas que permitan identificar los riesgos que permanecen en el sistema o los que son creados a raíz de las reformas implementadas y que amenazan con el óptimo funcionamiento del sistema. Asimismo, se sugiere incentivar al personal a hacer uso de los sistemas de alerta o denuncia de cada EPE para reportar aquellos riesgos existentes en el sistema.

(ix) Limitación y control sobre el uso de la compra directa. La contratación directa ofrece mayores riesgos de corrupción que la licitación y el concurso porque no incorporan los controles propios que genera la competencia, favorecen conflictos de interés y es fácil de abusar de este tipo de contratación como mecanismo de retribución de favores/generación de riquezas personales. Si bien en casi todas las EPE se han establecido expresamente las limitadas razones por las cuales se pueden hacer uso de estas excepciones, la mayoría de las veces se tiende a abusar de este tipo de contratación directa. El riesgo asociado a la contratación directa resulta de especial relevancia por la falta de transparencia en este método de contratación y por el abuso de reglas de excepción sin estar debidamente justificadas. En este punto creemos importante remarcar la opinión de la OCDE que señala que

“[l]as licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación

cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión, el mayor riesgo que suponen de corrupción, incluida la de proveedores extranjeros”³³

Una de las recomendaciones para tratar de reducir las oportunidades de corrupción en la compra directa es la publicación en tiempo real de toda la información sobre las compras y contrataciones directas en plataformas digitales (sitios web de la compañía o otros creados a tal efecto), con datos abiertos, lenguaje cotidiano y asegurando su accesibilidad a cualquier interesado. Tanto *Open Contracting Partnership* como Transparencia Internacional³⁴, hacen hincapié en la necesidad e importancia de un sitio que centralice todas las compras en datos abiertos, completos y de alta calidad. La información publicada deberá incluir todo lo relativo a la contratación: la información de los bienes o servicios adquiridos, el precio unitario y global de los bienes o servicios, información y antecedentes de la persona con la que se contrató, justificación técnica y económica de la elección de contratación directa, información sobre el cumplimiento del contrato, mecanismos de verificación del cumplimiento del contrato e identificación e información del funcionario responsable de la contratación. Adicionalmente, se recomienda que, al término de la urgencia o emergencia que dió origen a la contratación directa, las EPE informen los resultados de este procedimiento, incluyendo la indicación del total de recursos invertidos en relación con los recursos autorizados, el número y localización de beneficiarios de las acciones realizadas para atender la emergencia y la evaluación sobre la eficiencia de dichas contrataciones. Por otro lado, recomendamos el uso de contratos marco en la contratación directa para mantener la estandarización en la contratación pública en situaciones de emergencia o urgencia.

Otra recomendación es la implementación de una tabla con precios máximos a los cuales una EPE puede comprar o contratar durante la situación de fuerza mayor. Esta estrategia fue implementada por el Gobierno mediante la Decisión Administrativa 472/2020 en el cual se estableció que las compras directas realizadas por la Administración Central y las EPE³⁵ en el marco de la pandemia del COVID-19 no podían superar en ningún caso los precios máximos establecidos por la Resolución 100/20 de la Secretaría de Comercio Interior. Este mecanismo es eficiente ya que reduce el margen de discrecionalidad por parte de las EPE, reduciendo las oportunidades de corrupción.

³³ OCDE (S/F). Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública.

³⁴ Las recomendaciones elaboradas por *Open Contracting Partnership* y Transparencia Internacional fueron elaboradas en el marco de la crisis sanitaria producto de la pandemia de virus COVID-19. El objetivo de las recomendaciones efectuadas por ambas organizaciones era la evitar que las compras directas llevadas a cabo por los Estados en el marco de la emergencia sanitaria sean desviadas por la corrupción

³⁵ A través del Artículo 15 ter. Decreto 260/2020 se dispuso que mientras dure la emergencia sanitaria del COVID-19, las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el artículo 8º incisos a) y b) (las EPE) de la Ley N° 24.156 estarán facultados para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional (Decreto 1023/01) o a sus regímenes de contrataciones específicos. Asimismo, se aclara que en todos los casos deberá procederse a su publicación posterior en la página web de la Oficina Nacional de Contrataciones y en el Boletín Oficial.

Finalmente, creemos indispensable que se prevean (i) mecanismos sancionatorios propios de las EPE tanto para los funcionarios de la EPE como para las empresas privadas responsables por la comisión de hechos corruptos y (ii) instancias de fiscalización en constante coordinación con las EPE contratantes para mantener un control efectivo tanto del presupuesto, como de los bienes y servicios que se contratan para afrontar la situación de urgencia o emergencia. En paralelo, sugerimos la implementación de mecanismos de reporte o denuncia de las irregularidades o sospechas detectadas, que garanticen el anonimato de quienes reportan y provean mecanismos ágiles y eficientes para resolver las denuncias.



Universidad de
San Andrés

8. Caso de estudio: centralización de las contrataciones públicas en Finlandia

Los riesgos de corrupción en las compras públicas que han sido presentados son detectados en la mayoría de los países del mundo. Debido a esto, ciertos países han implementado estrategias con el objetivo de reducir las oportunidades de corrupción del sistema de compras y contrataciones públicas. Adicionalmente, considerando el gran impacto que las compras públicas pueden tener en la economía, el medio ambiente y la sociedad en general, ciertos países advirtieron que se podría generar mayor crecimiento en estas áreas si sus gobiernos crearan sinergias con los diferentes organismos públicos contratantes y las EPE. De esta manera, la contribución de las compras públicas en el crecimiento e integridad de un país sería más eficaz.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Finlandia ha optado por un **mecanismo de centralización de las compras públicas**, creando una unidad administrativa central encargadas de realizar todo el proceso de compras de la administración pública y de las EPE. El objetivo de este sistema es reducir (i) los costos del proceso de adquisición, (ii) el margen de discrecionalidad de los funcionarios públicos encargados de compras y (iii) las potenciales oportunidades de desvío de fondos públicos.

Para combatir la recesión en la que se encontraba el país después de la crisis financiera de 2008, el gobierno finlandés tomó medidas para reducir sus gastos privatizando y externalizando sus servicios. Una de estas medidas fue la creación de Hansel³⁶ en 2009 con el objetivo de centralizar las actividades de compra y contrataciones de todas las autoridades contratantes públicas. Esta unidad central es una organización sin fines de lucro dependiente del Ministerio de Finanzas de Finlandia que aglutina todas las necesidades de compra pública de bienes y servicios en una plataforma digital. Hasta el 2019, sólo las compras públicas nacionales estaban a cargo de Hansel y otro organismo – Kuntahankinnat centralizaba las compras de los organismos municipales y provinciales. A partir del 2019, Finlandia ha decidido fusionar Hansel y Kuntahankinnat para centralizar aún más las compras en todos los niveles de gobierno, incluyendo ministerios, unidades ministeriales, agencias estatales y empresas de propiedad estatal del Estado de Finlandia.

El propósito de Hansel es reducir el gasto público al aumentar la productividad en las compras públicas. A estos fines, Hansel conduce el desarrollo central de las compras públicas a través de la provisión de acuerdos marco que puedan ser utilizados por los poderes adjudicadores en todos los niveles de gobierno. A través de la plataforma digital de Hansel se realizan las invitaciones a proveedores para licitaciones por productos y servicios y se

³⁶ <https://www.hansel.fi/> consultado el 25 de mayo de 2020.

ofrecen servicios de consultoría de licitación a las entidades gubernamentales que utilizan esta unidad.

Hansel emplea tres tipos de acuerdo marco para que las autoridades contratantes seleccionen un proveedor. Ellos son (a) acuerdo marco de proveedor único, cuando sólo un proveedor está disponible para su selección; (b) acuerdo marco de ranking, donde los proveedores se clasifican después de la licitación de acuerdo con su idoneidad para entregar los bienes y servicios requeridos y (c) acuerdos marco de mini-licitación (de 2 a 23 proveedores), donde los organismos contratantes realizan un segundo proceso para seleccionar un proveedor, a menudo con el asesoramiento de Hansel.

Son muchas las ventajas de la centralización de las compras públicas en manos de una unidad central como el Hansel. En primer lugar, se genera un uso más eficiente del sistema, optimizando los costos de producción y transacción al unificar la compra de productos o servicios. En efecto, los resultados del Hansel según la OCDE³⁷ evidencian una reducción de los costos del proceso de compras públicas en comparación con la sumatoria de los costos de las compras descentralizadas. En segundo lugar, mediante un sistema de compra centralizado se refuerza la integridad del sistema porque la unidad administrativa centralizada evita el contacto directo entre suministradores (sector privado) y usuarios (sector público), reduciendo oportunidades de favoritismo político y desviación de fondos públicos en interés personal. Un tercer beneficio de la centralización es que las instancias de control y auditoría de las compras públicas son más eficientes en una entidad única que a través de pequeñas unidades descentralizadas. En cuarto lugar, se ofrece una mayor posibilidad de profesionalización de los funcionarios dedicados a las compras ya que la tarea de capacitación se concentra en una entidad en vez de destinar recursos a capacitar a distintos funcionarios de las EPE. En línea con ello, la tarea de responsabilización y rendición de cuentas se vuelve más fácil ya que la responsabilidad en las compras se centra en un número limitado de funcionarios.

Finalmente, como ya ha sido mencionado en numerosas oportunidades anteriores, cabe resaltar el rol importante de las plataformas electrónicas como mecanismos de centralización de compras y contrataciones públicas. A través de la unificación de los procesos de compras en una plataforma electrónica, de fácil acceso e información relevante se simplifica el proceso de compra y aumenta las oportunidades de control de dicho proceso por parte de toda la sociedad en general. Asimismo, el uso de un acuerdo marco en las plataformas electrónicas fomenta la concurrencia y competitividad de proveedores en el proceso de compras públicas.

³⁷ OCDE (2019), *Productivity in Public Procurement – A Case Study of Finland: Measuring the Efficiency and Effectiveness of Public Procurement*, OECD Publishing 2019, Paris.

En Argentina, mediante la Disposición ONC N° 65 del año 2016, la ONC habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional “COMPR.AR” (<https://comprar.gob.ar>), para la gestión de contrataciones de la Administración Pública Nacional (la Administración Central y los Organismos Descentralizados). A través de la plataforma COMPRA.AR, dichas entidades gubernamentales deben tramitar y publicar sus procesos de contratación, y los proveedores pueden presentar sus ofertas de forma ágil, transparente y segura. La plataforma COMPRA.AR cuenta con un Sistema de Información de Proveedores (“SIPRO”), un registro donde deben inscribirse los proveedores de bienes y servicios para poder contratar con la Administración Pública Nacional. Por otro lado, se requiere que cada organismo contratante genera una solicitud de gasto a través de COMPR.AR, conforme a las especificaciones establecidas en el Sistema de Identificación de Bienes y Servicios. Adicionalmente, se requiere que los proveedores suscriban el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los procesos de compras y contrataciones mediante COMPR.AR. La plataforma permite asimismo la existencia de Acuerdos Marco de Compra generados a través de la ONC que presentan un catálogo electrónico de bienes y servicios para el suministro directo a las entidades gubernamentales, en las condiciones establecidas en dicho acuerdo. A través de la Subasta Inversa Electrónica el sistema COMPR.AR también permite adquirir bienes o servicios estandarizados a través de un procedimiento de selección que se adjudica al precio más bajo o la oferta económica más ventajosa, luego de efectuada la compulsa electrónica e interactiva de precios.

El desarrollo de herramientas de compras electrónicas a través del portal COMPR.AR en Argentina constituyó un avance respecto a la forma en la cual el Estado contrata. Sin embargo, al estar limitado a compras de la Administración Pública Nacional y excluir de la plataforma a las EPEs, la plataforma COMPRA.AR no logra trasladar todos esos beneficios de transparencia, eficiencia y competitividad a las EPE. De manera contraria, el Hansel en Finlandia incluye a empresas de propiedad estatal en la plataforma centralizada de compras públicas. Siguiendo este ejemplo, creemos que una buena estrategia para incrementar la transparencia y reducir las oportunidades de corrupción en las compras y contrataciones de las EPE es incluirlas dentro del alcance de la plataforma COMPR.AR.

A nivel normativo, existen algunas disposiciones que regulan la publicación de información respecto de las compras y contrataciones que realizan las EPE. La Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública establece obligaciones de transparencia activa a las EPE, entre las cuáles podemos mencionar la obligación de publicar en forma proactiva, completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos, la información relativa a contrataciones³⁸. Sin embargo, dicha obligación de transparencia activa, en la práctica, es

³⁸ Artículo 32, inciso g) Ley N° 27.275

limitada toda vez que las excepciones al derecho de acceso a la información pública previstas en el artículo 8³⁹ de la mencionada ley son amplias y numerosas.

De todas las páginas web de las EPE consultadas⁴⁰ en este trabajo, se observa que la gran mayoría de ellas publican información de licitaciones (convocatorias, pliegos y adjudicaciones), concursos de precios, subastas y compras abreviadas. Sin embargo, no ocurre lo mismo para los casos de compras directas que son habituales en casos de urgencia y emergencia. Adicionalmente, no existe un diseño ni un contenido único o similar en las publicaciones de compras y contrataciones en las páginas web de las EPE consultadas, dificultando el acceso a la información por parte de las partes interesadas.

Por lo expuesto, siguiendo la experiencia del Hansel en Finlandia, recomendamos:

- (a) Inclusión de las EPE en la plataforma de compras electrónicas COMPR.AR a fin de que se unifique y centralice en una plataforma todas las actividades de compra y contrataciones de la Administración Central, Organismos Centralizados y EPE.
- (b) Obligación para las EPE de publicación toda la información de relativa a sus procesos de compras y contrataciones de las EPE, incluida toda la información acerca de las compras directas, con datos abiertos, lenguaje cotidiano y asegurando su accesibilidad a cualquier interesado.
- (c) Publicación de toda la información de la compra directa de las EPE en la plataforma COMPR.AR. Cuando se trate de situaciones de urgencia y las EPE no tengan tiempo de publicar el proceso de compra directa en tiempo real, se requiere que las mismas publiquen con posterioridad toda la información acerca de los bienes o servicios adquiridos, el precio unitario y global de los bienes o servicios, información y antecedentes de la persona con la que se contrató, justificación

³⁹ ARTÍCULO 8° — Excepciones. Los sujetos obligados sólo podrán exceptuarse de proveer la información cuando se configure alguno de los siguientes supuestos: a) Información expresamente clasificada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior. La reserva en ningún caso podrá alcanzar a la información necesaria para evaluar la definición de las políticas de seguridad, defensa y de relaciones exteriores de la Nación; ni aquella otra cuya divulgación no represente un riesgo real e identificable de perjuicio significativo para un interés legítimo vinculado a tales políticas; b) Información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; c) Secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado; d) Información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; e) Información en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícito; f) Información elaborada por los sujetos obligados dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquellos y que se refieran a exámenes de situación, evaluación de su sistema de operación o condición de su funcionamiento; g) Información elaborada por asesores jurídicos o abogados de la administración pública nacional cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adaptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; h) Información protegida por el secreto profesional; i) Información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias; j) Información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona; k) Información de carácter judicial cuya divulgación estuviera vedada por otras leyes o por compromisos contraídos por la República Argentina en tratados internacionales; l) Información obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuviera el carácter de reservada y cuya divulgación pudiera frustrar el éxito de una investigación; m) Información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública. Las excepciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables en casos de graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad.

⁴⁰ Ver bibliografía para ver los enlaces y los sitios web de las EPE consultadas

técnica y económica de la elección de contratación directa, información sobre el cumplimiento del contrato, mecanismos de verificación del cumplimiento del contrato e identificación e información del funcionario responsable de la contratación.



Universidad de
San Andrés

CONCLUSIÓN

Tiempo atrás se consideraba a la corrupción como el delito sin víctimas, donde se creía que las acciones ilegítimas de algunos funcionarios de las EPE o instituciones sólo afectaban al Estado. Asimismo, existe la creencia de que las EPE están obligadas a dar pérdidas por su rol social. En este sentido, al proveer un servicio público a la sociedad y al tener al Estado como accionista principal, no parece existir una cultura de maximizar el desempeño económico de las EPE.

Esta percepción de corrupción y de servicio público comenzó a modificarse cuando se puso en evidencia el impacto de la corrupción en el país. Al ser las compras y contrataciones de las EPE una de las mayores áreas de interacción entre el sector público y privado, permite que ambos sectores distraigan fondos públicos para beneficio personal. Esta fuga de dinero público no es el único problema. Un régimen de compras públicas corrupto afecta los lazos democráticos fundamentales de una sociedad ya que quienes conforman dicha sociedad no pueden efectuar un control efectivo del dinero que aportan a través de impuestos y contribuciones.

Las experiencias de algunos países han demostrado que es posible que las EPE cumplan su rol social y sean asimismo sostenibles. Se requiere un cambio cultural que haga que las EPE entiendan que establecer reglas y procedimientos redundante en beneficio para el mismo Estado. No se trata sólo de cumplir estándares: incrementar la calidad de gobierno en las EPE impacta directamente en la vida de todos los argentinos. Cada vez más, la contratación pública se utiliza como un estímulo para impulsar el crecimiento económico, social y medioambiental de un país. Desde una perspectiva económica, el sistema de compras y contrataciones de las EPE se reconoce como un recurso de mejorar la eficiencia y efectividad del gasto público. Aumentar la productividad del gasto público ha sido uno de los objetivos más buscados por los gobiernos.

En Argentina, desde el 2015 el gobierno de Mauricio Macri ha impulsado una fuerte agenda política con el propósito de mejorar el desempeño y la gestión de las EPE. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer en el área de compras y contrataciones de las EPE, una institución particularmente vulnerable a la corrupción.

A lo largo de este documento se han identificado muchas zonas de alerta que crean riesgos de corrupción en el sistema de compras y contrataciones de las EPE. Una de las áreas que presenta mayores riesgos de corrupción es el procedimiento de compra directa, justificando el uso de dicho procedimiento excepcional en situaciones que no lo ameritan. La existencia misma de facultades discrecionales no implica necesariamente un sistema corrupto pero sí requiere de medidas y esfuerzos mayores para reforzar la transparencia e integridad del proceso de la contratación directa. A tales fines, tomando la experiencia del

Hansel en Finlandia, estas páginas sugieren que se incluya a las EPE en el sistema de compras electrónico COMPR.AR, reforzando las obligaciones de transparencia y publicidad de sus procesos de contratación, particularmente publicando toda la información relativa a las compras directas. El uso de plataformas digitales como COMPR.AR logra que el sistema sea más democrático al permitir el acceso de todas las personas interesadas a toda la información, aumenta la competitividad de oferentes en los procedimientos, simplifica los procesos y reduce los costos del procedimiento de contratación. Asimismo, la centralización de la plataforma de compras electrónicas permite reducir aún más costos de las adquisiciones, optimizando los recursos y tiempos del procedimiento. Por otro lado, la centralización funciona como un intermediario, evitando el contacto directo entre el sector privado y el sector público y reduciendo así las oportunidades de favoritismo político o acuerdos corruptos entre las EPE y los proveedores. Adicionalmente, una unidad centralizada de adquisiciones permite más profesionalización de los funcionarios a cargos de las compras toda vez que la tarea de capacitación se concentra en una entidad en vez de destinar recursos a capacitar a distintos funcionarios de las EPE. Por último, la centralización permite que las instancias de control de las adjudicaciones y evaluación sean más efectivas.

En Argentina, las EPE están sujetas a los regímenes de derecho privado y muchas de ellas son empresas proveedoras de bienes y servicios a la sociedad que compiten en el mercado con empresas privadas, multinacionales o locales. Considerando esto, las recomendaciones que se desarrollaron en estas páginas no sólo persiguen la transparencia plena y sin limitaciones del sistema, sino que sugieren mecanismos que promueven a la vez la integridad y la eficacia de las EPE.

Se asume que existe el compromiso de todos los poderes del Estado nacional, provincias, municipios, sector privado, sindicatos y la sociedad civil para luchar contra la corrupción. Esta lucha no puede librarse de manera aislada, sino que requiere de los esfuerzos de los diferentes sectores sociales para proyectar un futuro distinto y mejor para todos los argentinos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Banco Mundial (2014). *Tendencias del Gobierno Corporativo de las Empresas Púlicas en América Latina*. Informe No.: 89468-LAC, Washington: Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo/ Grupo del Banco Mundial.

Begovic, Boris (2005). Corrupción: conceptos, tipos, causas y consecuencias En *Centro para la apertura y el desarrollo de América Latina*, Año III No. 26.

Beláustegui, Victoria (2011). Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo”, Programa ict4gp, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, idrc, usam, junio.

Bellingi, G. y M. Fretes (2011). La cooperación intergubernamental en las contrataciones estatales en la Argentina y las políticas públicas de inclusión social. Oficina Nacional de Contrataciones

Bernal, Andrés, Oneto, Andrés, Penfold, Michael, Schneider, Lisa y Wilcox, John (2012). *Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las Empresas de Propiedad Estatal*. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva N° 6, CAF.

De Andrés Alonso, Pablo y Santamaria-Mariscal, Marcos (2010). Un paseo por el concepto de Gobierno Corporativo. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*/vol. 2 no 2 mayo-agosto 2010. Madrid.

Diéguez Gonzalo y Valsangiacomo Agustina. El péndulo del mercado al Estado: ¿qué pasó con las empresas públicas en la última década en Argentina? CIPPEC noviembre 2016 n°178

Guala, F. y Pineda, E. (2019). Banco Interamericano de Desarrollo. La experiencia de Argentina con la reforma de sus empresas de propiedad estatal.

Gordillo, Agustín (2014). «Las Empresas del Estado.» En *Tratado de Derecho Administrativo*, de Agustín Gordillo, 471-484. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Disponible en: www.gordillo.com

International Monetary Found (2016). Corruption: Costs and Mitigating Strategies. IMF Staff Discussion Note. Consultado el 15 de abril de 2020 en: <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2016/12/31/Corruption-Costs-and-Mitigating-Strategies-43888>.

Robert Klitgaard, Ronald Maclean-Abaroa, H. Lindsey Parris (2000). Corrupt Cities: a practical guide to cure and prevention. Institute for Contemporary Studies (ICS) & World Bank Institute.

Lempinen H., Rossi M., Tuunainen V.K. (2012) Design Principles for Inter-Organizational Systems Development – Case Hansel. In: Peffers K., Rothenberger M., Kuechler B. (eds) Design Science Research in Information Systems. Advances in Theory and Practice. DESRIST 2012. Lecture Notes in Computer Science, vol 7286. Springer, Berlin, Heidelberg

Mairal, Héctor A (2007). *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. En Ediciones Rap S.A. 1ª ed., Buenos Aires: Rap, E Book.

Mairal, Héctor A (S/F). El Estado como Empresario. En *Tratado de la Empresa*, de Ana Piaggi. Buenos Aires: Abeledo Perrot, S/F.

Martinez, Diego (S/F), Programas de integridad de la Ley No 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria por corrupción. Exigencias en el ámbito de las compras y contrataciones públicas a la luz de la reglamentación. Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano.

Michael Penfold, Andrés Oneto y Guillermo Rodríguez Guzman (2015). *La Transparencia del Gobierno Corporativo en las Empresas de Propiedad del Estado en América Latina*. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva N°20, CAF Banco de Desarrollo de América Latina.

OECD (2018). «OECD Review of the Corporate Governance of State-Owned Enterprises: Argentina.

OECD (2007), *Bribery in public procurement: methods, actors, and counter-measures*, ocde.

OECD (2010), *Methodology for assessing procurement systems (maps)*, ocde

OECD (2010), *Promoviendo compras públicas electrónicas para el desarrollo*, Fundación Poder Ciudadano.

OECD (2019), *Productivity in Public Procurement – A Case Study of Finland: Measuring the Efficiency and Effectiveness of Public Procurement*, OECD Publishing 2019, Paris. Consultado en: (<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/productivity-public-procurement.pdf>)

Oficina Anticorrupción. Herramientas para la Transparencia en la Gestión. Compras y Contrataciones públicas.

En: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/compras_guidelines_4.pdf

Oneto, Andrés y Nabil Miguel. «El Buen Gobierno en las Empresas Públicas.» De CAF, 567-587. s.f.

Raigorodsky, Nicolás (2005). *Risks of Corruption in Public Procurement*. publicado en Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement OECD. Paris. 2005.

Raigorodsky, Nicolás y Del Boca, Vanesa (2008). El Estado de las Contrataciones. Mapa de Condiciones de Transparencia y Accesibilidad en las Adquisiciones Públicas. Oficina Anticorrupción. Buenos Aires.

Rose Ackerman, Susan (1999), *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, Cambridge University Press.

Rozenwurcel, G. y Bezchinsky, G (2012). Compras públicas en America Latina y el Caribe. Diagnóstico y Desafíos. Colección *Las Compras Públicas en America Latina y el Caribe*. Universidad de San Martín. En: <https://docplayer.es/13842548-Compras-publicas-en-america-latina-y-el-caribe-diagnosticos-y-desafios.html>

Sridhar Arcot, Valentina Bruno, Antoine, Faure-Grimaudc. Corporate governance in the UK: Is the comply or explain approach working? En: <https://doi.org/10.1016/j.irl.2010.03.002> Consultado hasta el 13 de julio de 2019.

Sørdeide, Tina (2002), "Corruption in public procurement: causes, consequences and cures", *Chr. Michelsen Institute*, Report R 2002/1.

Transparencia Internacional (2006), *Handbook: curbing corruption in public procurement*.

Volosin, Natalia A. (2009), "The irrelevance of the rule of law: deliberative democracy, law, and development", presentado en el Yale Law School Aspiring Scholars Symposium, 17-18 de abril.

Volosin, Natalia A. (2010), *Promoviendo compras públicas electrónicas para el desarrollo*, Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano.

World Economic Forum (2016). 5 lessons on fighting corruption. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2016/12/5-lessons-on-fighting-corruption/>. Último acceso 7 de enero de 2019.

Publicaciones periódicas

Florencia Donovan (2017). Sólo siete de las 42 empresas del Estado tuvieron resultado positivo en 2016. La Nación. Recuperado el 15 de mayo de 2020 en: <https://www.lanacion.com.ar/economia/solo-siete-de-las-42-empresas-del-estado-tuvieron-resultado-positivo-en-2016-nid2018630>

Lucía Salinas (2020). Investigan a 40 organismos del Estado por supuestos sobrepagos en las compras por el coronavirus. Clarín. Recuperado el 31 de mayo de 2020 en https://www.clarin.com/politica/investigan-40-organismos-supuestos-sobrepagos-compras-coronavirus_0_DoZJ0NP1h.html

Bianca Pallardo (2020). Compras del Estado. Entre la falta de transparencia y la ausencia de controles en tiempo real. La Nación. Consultado el 3 de mayo de 2020 en <https://www.lanacion.com.ar/politica/compras-coronavirus-un-sistema-peligroso-deficiente-nid2360123>

La Nación (12 de abril de 2020). *Las compras del Estado, un sistema ineficiente que esconde la corrupción*. Por Diego Cabot. Recuperado en: <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/lanacion>

Bibliografía web:

Recomendaciones de la OCDE sobre el Buen Gobierno Corporativo: OECD. «*OECD Review of the Corporate Governance of State-Owned Enterprises: Argentina*» 2018. Consultado hasta el 5 de julio de 2020 en <https://www.oecd.org/corporate/oecd-review-corporate-governance-soe-argentina.htm>

Mapa del Estado. <https://mapadestado.jefatura.gob.ar/organismos.php> Consultado hasta el 2 de mayo de 2019

CIPECC (S/F). Mapeo de riesgos a la integridad en las empresas públicas. Consultado el 27 de abril de 2020 en: <https://www.cippec.org/textual/para-prevenir-la-corrupcion-en-las-empresas-publicas-primero-hay-que-identificar-los-riesgos-de-integridad-que-enfrentan/>

Hansel (<https://www.hansel.fi/en/>)

Open Contracting Partnership (<https://www.open-contracting.org>)

Instituto de Gobernanza de Basilea. High Level Reporting Mechanism in Argentina: <https://www.baselgovernance.org/b20-collective-action-hub/hrlm/hlrm-argentina>. Consultado el 8 de mayo de 2020

Legislación

- Constitución Nacional Argentina.

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Consultado hasta el 5 de julio de 2020.

- Decreto Reglamentario 1023/2001

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=68396>. Consultado hasta el 5 de julio de 2020

- Decisión Administrativa 85/2018 *Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina*. Aprobación. Ciudad de Buenos Aires, 09/02/2018 Jefatura de Gabinete

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/306769/norma.htm>. Consultado hasta el 5 de julio de 2020.

- Carta de la Jefatura de Gabinete de Ministros Nro 2

En <https://www.caserosada.gob.ar/la-casa-rosada/historia/79-informacion/carta-jefatura-gabinete/41190-empresas-publicas-para-el-crecimiento>. Consultado hasta el 5 de julio de 2020

- Ley 25.233. Creación de la Oficina Anticorrupción

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61394/norma.htm>.

Consultado hasta el 5 de julio de 2020

- Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/norma.htm>.

Consultado hasta el 5 de julio de 2020

- Ley 13.653 1949 Empresas del Estado

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116526/texact.htm>.

Consultado hasta el 5 de julio de 2020

- Ley de Administración Financiera 24.156

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/554/texact.htm>. Consultado hasta el 5 de julio de 2020

- Lineamientos de buen gobierno para empresas de participación estatal mayoritaria.

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/306769/norma.htm>.

Consultado hasta el 5 de julio de 2020

- Ley 19.550 Ley General de Sociedades.

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>.

Consultado hasta el 5 de julio de 2019

- Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>.

Consultado hasta el 5 de julio de 2020

Empresas Públicas del Estado: Sitios web analizados hasta el día 4 de julio de 2020.

- <https://www.aysa.com.ar/proveedores/licitaciones>
- <https://www.fadeasa.com.ar/proveedores-3/>
- <http://tandanor.com.ar/organigrama.php>
- <http://transparenciaactiva.na-sa.com.ar/portal-de-proveedores?cat=Contrataciones&catn=contrataciones>
- <http://www.ieasa.com.ar/index.php/licitaciones-y-concursos/>
- <https://dioxitek.com.ar/transparencia-activa/contrataciones/>
- <https://www.ypf.com/Proveedores/Paginas/condiciones-de-compras-y-contrataciones.aspx>
- <https://www.ypf.com/productosyservicios/Paginas/YPF-Gas.aspx>

- <https://www.ycrt.gob.ar/contrataciones/>
- <http://ww1.aerolineas.com.ar/arg/main.asp?idSitio=PE&idPagina=152&idIdioma=es>
- <http://contenidospublicos.gob.ar/adquisiciones>
- https://www.telam.com.ar/listado_licitaciones.php?filtros%5Bestado_tramite%5D=&filtros%5Btipo_contratacion%5D=6&buscar=1
- <http://www.radioytelevisión.com.ar/>
- https://www.fm.gob.ar/?page_id=2747
- <http://www.ptconstituyentes.com.ar/>
- <http://www.casademonedas.gob.ar/contrataciones/>
- [https://www.educar.gob.ar/compra?filter\[tipo_adjudicacion_id\]=3&](https://www.educar.gob.ar/compra?filter[tipo_adjudicacion_id]=3&)
- <https://servicios.adifse.com.ar/licitaciones.php>
- <http://www.puertobuenosaires.gov.ar/compras-y-contrataciones/33>
- [https://www.eana.com.ar/licitaciones?field_numero_contratacion_value=&field_apertura_value=&field_apertura_value_1=&combine=&field_tipo_licitacion_value=All&field_apertura_value_2_op=%3C=&field_apertura_value_2\[value\]=2020-7-4&field_apertura_value_2\[min\]=&field_apertura_value_2\[max\]=](https://www.eana.com.ar/licitaciones?field_numero_contratacion_value=&field_apertura_value=&field_apertura_value_1=&combine=&field_tipo_licitacion_value=All&field_apertura_value_2_op=%3C=&field_apertura_value_2[value]=2020-7-4&field_apertura_value_2[min]=&field_apertura_value_2[max]=)
- <https://contrataciones-publico.sofse.gob.ar/licitaciones?vigente=1>
- <https://www.argentina.gob.ar/coviara/registro-de-proveedores-y-solicitud-de-pliegos>
- <http://www.invap.com.ar/es/buscar2.html?searchword=contrataciones&searchphrase=all>
- <https://www.correoargentino.com.ar/proveedores/concursos-y-adjudicaciones/concursos-vigentes>
- <https://www.arsat.com.ar/compras-y-contrataciones>
- <http://www.intea.com.ar/2020/01/16/llamado-a-licitacion-publica-no-12020/>
- <https://www.bice.com.ar/>
- <https://www.unl.edu.ar/institucional/tramites-de-compras-para-proveedores/>
- <https://www.unc.edu.ar/comunicacion/servicios-de-radio-y-televisión>
- <http://corredoresvialessa.com.ar/compulsas-y-licitaciones/>
- https://www.bcyf.com.ar/Licitaciones_Publicas
- <https://decahf.gob.ar/compras.html>
- <https://www.argentina.gob.ar/intercambio/contratacionesintercambio>
- <http://www.playasferroviarias.com.ar/transparencia/>
- <http://transparencia.puertomadero.com/licitaciones>
- <http://www.ymad.com.ar/proveedores.php>

ANEXO I

Listado de las Empresas de Propiedad Estatal

Sociedades del Estado

1. Contenidos Públicos S.E.
2. Telam S.E.
3. Radio y Televisión Argentina S.E.
4. Fabricaciones Militares S.E.
5. Polo Tecnológico constituyentes S.A.
6. Casa de Moneda S.E.
7. Educ.Ar S.E.
8. Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E.
9. Administración General de Puertos S.E.
10. Empresa Argentina de Navegación Aérea S.E.
11. Ferrocarriles Argentinos S.E.
12. Operadora Ferroviaria S.E.

Empresas del Estado

13. Construcción de Viviendas para la Armada
14. Instituto de Investigaciones Aplicadas

Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria

15. Correo Oficial de la República Argentina S.A.
16. Empresa Argentina de Soluciones Satelitales - ARSAT S.A.
17. Innovaciones Tecnológicas Agropecuarias S.A.
18. Vehículo Espacial de Nueva Generación S.A.
19. Fábrica Argentina de Aviones "Brig. San Martín" S.A.
20. Tandanor S.A.C.I. Y N.
21. Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A.
22. Dioxitek S.A.
23. Integración Energética Argentina S.A.
24. Nucleoeléctrica Argentina S.A.
25. Yacimientos Carboníferos de Río Turbio
26. YPF GAS S.A.
27. YPF S.A.
28. Radio de la Universidad Nacional del Litoral S.A.
29. Servicio de Radio y Televisión de la Universidad Nacional de Córdoba S.A.

30. Agua y Saneamientos Argentinos S.A.
31. Corredores Viales S.A.
32. Aerolíneas Argentinas S.A.
33. Austral Líneas Áreas - Cielos del Sur S.A.
34. Belgrano Cargas y Logística S.A.
35. Desarrollo del Capital Humano Ferroviario S.A.
36. Intercargo S.A.C.
37. Playas Ferroviarias de Buenos Aires S.A.

Empresa interestadual

38. Corporación Antiguo Puerto Madero S.A.
39. Yacimientos Mineros Agua de Dionisio



Universidad de
San Andrés

Anexo II

Entrevista a un funcionario de Correo Oficial de la República Argentina S.A.

El Correo Oficial de la República Argentina S.A. ("CORASA"), conocido como Correo Argentino, es una EPE cuyo único accionista es el Estado Nacional, y es la encargada del servicio postal, telegráfico y monetario, nacional e internacional de la República Argentina desde el 2003⁴¹, cuando se recupera el servicio postal para el patrimonio estatal mediante el Decreto 1075/03. Hoy en día, CORASA cuenta con aproximadamente 17000 empleados directos⁴² y una red de más de 1400 sucursales y unidades postales⁴³. En este trabajo, tomaremos el ejemplo de CORASA a partir de una entrevista con un funcionario de esta empresa a cargo del área de infraestructura durante los años 2016-2019, con el fin de identificar oportunidades de mejora en su sistema de compra para evitar oportunidades actuales o potenciales de corrupción.

CORASA se encuentra sujeta al régimen de Sociedades Comerciales de la Ley 19.550, y, por lo tanto, no cuenta con un procedimiento legal obligatorio de compras y contrataciones, más allá de los Lineamientos de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas de Participación Estatal y demás principios nacionales e internacionales. CORASA ha elaborado un manual de gestión de compras con normas generales de contratación de suministros, servicios, obras, compras de bienes, locaciones, leasing, licencias y demás contrataciones necesarias. Su sistema de compras es centralizado, salvo por compras menores, liderado por un área de Gestión de Compras que a su vez se divide según el código del bien o servicio. Para cada compra, el sector solicitante completa una orden de pedido por medio del Sistema SAP, la cual es remitida de forma automática al Grupo de Compras que corresponda, junto con el pliego de especificaciones técnicas y un presupuesto aproximado. Estos documentos son revisados y aprobados de acuerdo con una matriz de aprobaciones y autorizaciones internas.

Las modalidades de compras definidas son las solicitudes de precios por escrito, el concurso privado y la contratación directa. La contratación directa es independientemente del monto de la compra cuando: (i) se trata de un único proveedor local y el importe o plazo de entrega no justifica contactar a proveedores extranjeros⁴⁴; (ii) se trata de un proveedor o marca no sustituible, siempre que sea excepcional, y estén justificadas las razones y siempre

⁴¹ El servicio postal fue brindado desde 1972 por una empresa pública (Empresa Nacional de Correos y Telégrafos "ENCOTEL") que en 1992 es convertida en sociedad anónima (Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A. "ENCOTESA") y posteriormente liquidada, quedando la prestación de servicios postales en concesión a la Sociedad Macri (SOCMA).

⁴² Dato relevado de la entrevista con Funcionario de Correo Argentino.

⁴³ <https://www.correoargentino.com.ar>

⁴⁴ Es de total aplicación para el Correo Argentino lo indicado en la Ley 25.551 y el Decreto Reglamentario 1600/2002, que indican que en la adquisición de bienes y locación de servicios se debe dar preferencia a los de origen nacional.

que se trate de fabricante y/o distribuidor autorizado, asociaciones estratégicas y servicios profesionales; y (iii) cuando se trate de urgencia debidamente justificada. El gerente de abastecimiento, o en su defecto el jefe de Gestión de Compras, puede establecer excepciones a los límites expuestos por razones debidamente justificadas y documentadas.

Además, cada uno de los procedimientos de compra exigen un mínimo de cotizaciones de proveedores para poder iniciar el procedimiento de compra⁴⁵. En caso de que por razones de mercado o falta de proveedores no se obtenga el mínimo de cotizaciones, es necesario dejar constancia en el respectivo legajo para continuar con el proceso de compra.

Las compras se formalizan como: (i) “pedido cerrado”, para bienes, servicios o pedidos de obra de carácter no recurrente o (ii) “contrato marco” a “pedido abierto” o a “plan de entrega”. La modalidad de “pedido abierto” está prevista para la adquisición sucesiva de materiales, pedidos de obra y/o servicios a mediano y largo plazo, ya sean insumos de uso permanente o consumo previsible. Son contratos marco de hasta tres años con cláusulas generales y precios a cotizar cada 12 meses, con posibilidad de prórroga debidamente justificada. El “plan de entrega” para adquisiciones con entregas programadas establece la cantidad de entregas, su valor y vigencia, mientras que el “plan de reparto” indica los detalles y fecha de cada entrega.

Una vez definida la modalidad de contratación, se publica en la página web de CORASA, especificando los actos contractuales como el tipo de sobre, lugar de entrega, fecha de cierre y descripción del rubro licitado a fin de garantizar el acceso igualitario de la información a los potenciales oferentes. Se prevé un mínimo de 6 días hábiles para recibir ofertas de los distintos proveedores, si bien se puede acortar con autorización debidamente fundamentada. Se pueden autorizar excepciones a las medidas de publicidad, con fundamento en razones de seguridad y/o estrategia comercial.

El proveedor debe entregar una propuesta técnica y una propuesta económica en sobre aparte, que se abre luego de confirmar la viabilidad de la propuesta técnica. Las ofertas realizadas se vuelcan a una planilla comparativa para determinar el potencial adjudicatario en base al criterio de precio neto más conveniente, pudiendo re-negociar precios y/o condiciones, siempre preservando el principio de igualdad entre los interesados. La propuesta que, cumpliendo los requisitos de calidad, idoneidad técnica, plazos de entrega y responsabilidad comercial, resulte económica y/o financieramente más conveniente debe ser formalizada. Cualquier modificación que implique una variación en las condiciones económicas y/o financieras, debe ser aprobada por los mismos niveles que autorizaron la compra original.

⁴⁵ Por ejemplo, en Marzo de 2019 cuando el monto estimado de la contratación supera los \$1.500.000, se requiere 4 cotizaciones de distintos proveedores.

Si bien las normas y procedimientos de compras de CORASA están orientadas por criterios de transparencia, integridad, control, eficiencia y promoción de la competencia entre proveedores, cabe mencionar las siguientes áreas de mejora:

(i) Se debe promover una cultura de cuidado de proveedores, considerándolos como socios estratégicos para que sean fieles a las necesidades de la empresa.

(ii) Muchas veces la invitación al concurso es enviada desde una casilla de correos genérica, por un funcionario no calificado de Mesa de Entrada de CORASA. Esto provoca desinterés en los proveedores, lo que implica que muchas veces no se llegue a la cantidad de cotizaciones mínimas que requiere la norma, prolongando mucho el proceso de contratación.

(iii) La demora en el proceso de compras en caso de prórroga o un nuevo concurso, puede extender el proceso en 2/3 meses, siendo necesario un ajuste de precios en un contexto inflacionario. Consiguientemente, se deberían actualizar los montos y límites económicos para la operatoria del día a día, como también incorporar un mecanismo de re-determinación de precios para ajustar precios entre la cotización y la adjudicación de la obra.

(iv) Las distintas áreas de la empresa deben elaborar planes estratégicos de necesidades, conscientes de los tiempos del proceso de compras y planificación para evitar que sus necesidades se tornen urgentes y deban contratarse de manera directa, con poco margen para negociar y sin garantía de calidad del servicio.

(v) El procedimiento de contratación directa ha permitido tomar decisiones eficientes y rápidas frente a realidades cambiantes o circunstancias excepcionales, como ocurrió en un caluroso fin de semana de verano en 2017 ante un corte en el suministro eléctrico en el centro de cómputos que requirió de manera urgente comprar combustible para mantener su funcionamiento ante el riesgo de perder datos estratégicos.

(vi) La centralización de las compras en un departamento de 40 personas provoca un embotellamiento en la operatoria de la empresa, lo cual exige contar con personal calificado, e indicadores de mercado o especialistas en el área que no se vean afectados por cambios políticos.

(vii) Es necesario mantener funcionarios calificados en el área de compra que rinda cuentas a un comité de control, como exitosamente sucedió en la obra de ampliación de la planta de CORASA por \$200.000.000 donde se involucró al equipo de obras de Infraestructura en la negociación con los 5 potenciales contratistas.



Universidad de
San Andrés