

Informe de Economía e Instituciones

Escuela de Economía. Programa de Desarrollo e Instituciones
Año 6, N° 3, junio 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Informe de Economía e Instituciones [en línea], Año 6 N° 3 (2013, junio). Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Economía. Programa de Desarrollo e Instituciones. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/informe-economia-instituciones03-13.pdf> [Fecha de consulta:.....]



Escuela de Economía
Programa de Desarrollo e Instituciones

Informe de Economía e Instituciones

Año 6 – Número 3
Junio 2013

Índice

Nota Editorial	2
Resumen Ejecutivo	3

Columnas:

■ O Banco Central, a política e a estabilidade María Antonieta Del Tedesco Lins.....	4
■ El regreso de la empresa pública: confusión entre lo público y lo estatal Ignacio de la Riva	6
■ Instituciones y acuerdos de precios Guillermo Sabbioni	8
■ La Licitación Pública y los casos de excepción Claudia Esteban	11

Editor: Dr. Marcelo F. Resico

Asistente de Edición: Carolina de Urioste

Email: peiuca@uca.edu.ar

Tel: 4338-0649

El contenido del presente informe es responsabilidad de sus autores y no compromete la opinión de la Universidad Católica Argentina, se autoriza su reproducción citando la fuente. Los autores ceden sus derechos, en forma no exclusiva, para que se incorpore la versión digital de los artículos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina, o a otras bases de datos que se considere de relevancia académica.

Nota Editorial

Estimados lectores, tengo el agrado de dirigirme a Uds. para informarles sobre algunas novedades con respecto a nuestro Informe de Economía e instituciones, que espero sean de su interés. Por un lado el mismo ha quedado bajo un programa ampliado que se denomina *Programa de Desarrollo e Instituciones*. Este nuevo programa apunta a profundizar la investigación en la temática y a generar más acciones académicas relacionadas con esa línea de investigación. Esto implicará también la incorporación de otro informe bimestral, "Informe Macroeconómico y de Crecimiento", editado por el Dr. Ernesto O'Connor, co-director del nuevo Programa.

Por otra parte me da mucha satisfacción anunciarles que nuestro informe ha incorporado una serie de destacados nuevos colaboradores Latinoamericanos que sumarán sus aportes a la reflexión que propiciamos acerca del tema de la "Economía" y las "Instituciones". Dado que, esto implica la adición de colaboradores, entre otros varios países de habla hispana, de Brasil, y la cercanía de los dos idiomas, hemos considerado razonable realizar una edición en la que cada uno escribirá en su propio idioma. En el caso del presente informe iniciamos esta nueva etapa con la colaboración de la Dra. María Antonieta Del Tedesco Lins, cuya columna hemos puesto en primer lugar para destacar las novedades que les presento. Esperemos que estos cambios resulten de su interés y aprobación.

Marcelo F. Resico

Resumen Ejecutivo

O Brasil tem sido apontado como um exemplo de sucesso entre os países emergentes nos últimos anos. Muito deste sucesso deve-se à estabilização macroeconômica. No entanto, desde a crise internacional de 2008, políticas anticíclicas e um forte estímulo ao consumo exacerbaram as pressões inflacionárias, ao mesmo tempo em que o aumentou a percepção dos mercados e do público sobre a ocorrência de pressões do governo sobre o banco central no sentido privilegiar o crescimento em detrimento da estabilidade. Na primeira coluna, **"O Banco Central, a política e a estabilidade"**, Maria Antonieta del Tedesco Lins discute a diferença de orientação da política econômica do governo brasileiro, tendo em conta a piora do desempenho econômico, a perspectiva de eleições em 2014.

El fuerte resurgimiento del Estado ocupando el rol de empresario en la Argentina de los últimos años ha dado ocasión a una extendida confusión entre el terreno de lo público, que debe estar presidido por criterios orientados a alcanzar el interés general, y la actuación empresaria estatal. En la segunda columna, **"El regreso de la empresa pública: confusión entre lo público y lo estatal"**, Ignacio de Riva plantea que en aquellos casos en que el Estado opta por desembarcar en el quehacer empresario, debe atenerse a las reglas propias que rigen este tipo de actividades, evitando acudir al uso de prerrogativas que son exclusivas de su intervención en la economía a partir del ejercicio del poder público.

El primer objetivo de la tercera columna, **"Instituciones y acuerdos de precios"** de Guillermo Sabbioni, es destacar los perjuicios que los acuerdos de precios tienen para los consumidores. El segundo es señalar la paradoja institucional que implicaría que dichos acuerdos estén impulsados por la misma autoridad que debe impedirlos y penalizarlos. En particular, se traza un paralelismo entre el actual proceso de coordinación de precios impulsado por el Ministerio de Economía y Finanzas y un acuerdo colusorio detectado y castigado por el mismo ministerio. En virtud de la demostrada importancia que las instituciones tienen para el desarrollo económico a largo plazo, analizar en profundidad las similitudes entre ambos procesos nos permite sugerir una serie de motivos por los cuales el actual acuerdo de precios es desaconsejable.

En la cuarta columna, **"La Licitación Pública y los casos de excepción"**, Claudia Esteban busca abordar las excepciones a la regla general que establece la licitación pública como el procedimiento de selección del contratista, cuando se pretende contratar con el Estado. En estos casos particulares el Estado debe recurrir, por diferentes circunstancias particulares, a ciertas excepciones. Explica que, por ejemplo, la contratación directa no deja de respetar ciertas reglas para preservar los principios de publicidad, transparencia, igualdad, razonabilidad, responsabilidad y concurrencia.

Columnas

O Banco Central, a política e a estabilidade

Maria Antonieta Del Tedesco Lins*

Os efeitos da crise econômica internacional iniciada em 2008 são muito mais abrangentes do que os que se pode mensurar pelas taxas de atividade econômica, de desemprego, pela oscilação do curso das moedas ou pelos movimentos de capitais. Mesmo se difundidos de formas e em intensidades desiguais nas diversas partes do mundo e entre países industrializados e emergentes, foram, e continuam sendo, bastante severos os impactos da crise sobre a economia real e o setor financeiro. No entanto, a crise inaugurou também uma transição no campo das políticas econômicas e das idéias que deve ser reconhecida e discutida.

Evidentemente, com a eclosão da crise a partir de 2008, as providências quase unânimes dos governos de todo o mundo foram direcionadas para a

No Brasil não houve disposição política suficiente para que um status de independência ou autonomia formal constante de uma norma formal expressa fosse aprovado para o banco central

implementação de pesadas políticas contra cíclicas, em grande parte usando instrumentos tradicionais de políticas monetárias e fiscais. Os custos destas políticas e seus resultados dependeram, como esperado, da situação inicial de cada país, determinada, por sua vez, tanto por sua exposição ao comércio

internacional e proximidade com as economias no centro da crise, como pelo comprometimento de seu sistema financeiro doméstico e pela solidez de suas instituições e regulação.

A crise internacional encontrou a economia brasileira em um dos melhores momentos de sua recente história econômica. Este ambiente favorável resultou dos esforços de estabilização macroeconômica, também possibilitada pela estabilidade política, e pela prosperidade da economia mundial no período anterior. A estabilidade macroeconômica foi preservada como uma política de governo desde a década de 1990, fato notável também porque o país recomeçava naquele momento sua experiência democrática. Juntamente com a manutenção do modelo macroeconômico, reformas anteriores no sistema financeiro, mais concentração e uma abertura financeira relativamente restrita protegeram o país de um contágio mais profundo durante a crise.

Desde 1999, o Brasil abandonou o regime de taxa de câmbio administrada e passou a deixar sua moeda, o real, flutuar.

Para o disciplinamento monetário, adotou o sistema de metas de inflação para dirigir a política monetária. Do lado fiscal, conseguiu ter aprovada em 2000, uma lei de responsabilidade fiscal. O compromisso com

O país estagnou e, pior, sem que o perigo da inflação estivesse completamente imobilizado

esse "tripé" da política econômica teve grande importância política na transição de partidos no governo em 2003.

Como se sabe, os regimes de *inflation targeting* ganharam popularidade a partir da década de 1990, quando passaram a ser adotados por um grande número de países. Os bancos centrais assumem o controle da inflação como sua prioridade. Esse sistema pressupõe, ainda, que o banco central aja de forma autônoma ou independente, enfim, que não sofra pressões políticas de um ou outro governo.

* Doutora em Economia (Fundação Getúlio Vargas-São Paulo), Economista (Universidade de São Paulo). Professora de Economia Internacional do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, Brasil.

No Brasil, embora a memória inflacionária esteja ainda muito viva, não houve disposição política suficiente para que um status de independência ou autonomia formal constante de uma norma formal expressa fosse aprovado para o banco central. Assim, a reputação e a credibilidade da autoridade monetária, essenciais para a formação de expectativas do mercado e o bom funcionamento de todo o sistema, foram sendo construídas por sua própria atuação ao longo dos anos. De fato, o banco central tem se mostrado, com a devida habilidade política, tão autônomo quanto possível em cada momento.

Tendo resistido a seu maior *coup de force*, no auge das incertezas originadas pela transição para o governo do Partido dos Trabalhadores, entre 2002 e 2003, o Banco Central do Brasil e a política econômica do governo brasileiro têm estado no centro das discussões, e recebido críticas à esquerda, à direita e ao centro.

Embalados pelas ondas anticíclicas que se propagaram nos últimos cinco anos, medidas tidas até pouco tempo como inaceitáveis, por intervencionistas demais, passaram a integrar o repertório das políticas correntes mundo afora.

Assim se diga de políticas como a proteção a setores exportadores, redução de impostos, ampliação de gastos públicos, salvamento de instituições financeiras,

Resta saber qual é a melhor combinação de política doméstica, política externa e discurso internacional do Brasil. E em que medida a estabilidade macroeconômica e um banco central autônomo podem contribuir.

intervensões nos mercados de câmbio, expansão monetária, controles de capitais, entre outros.

Voltando ao período anterior à crise, o Brasil vinha praticando uma política expansionista. A partir de 2008, acentuou as medidas de estímulo ao mercado

doméstico. Houve um expressivo aumento do crédito concedido pelos bancos federais e, paulatinamente, uma deterioração da situação fiscal e das contas externas.

Como os muitos problemas de infraestrutura e competitividade não foram resolvidos e nem a economia mundial retomou um ritmo de crescimento capaz de sustentar algum dinamismo no Brasil, o país estagnou e, pior, sem que o perigo da inflação estivesse completamente imobilizado.

Neste contexto, é inevitável que o banco central sofra pressões políticas? Talvez, mas o que parece claro é que a política econômica é outra, a despeito do discurso das autoridades, e de continuar o mesmo partido político no poder.

O Brasil de Dilma Rousseff deixou mais Estado na economia, teve menos aversão à inflação, mas teve menos sorte com o contexto internacional e menos possibilidades políticas de enfrentar as difíceis negociações domésticas para realizar as eternamente necessárias reformas. As eleições acontecem em 2014, o PIB não cresce e a inflação resiste em cair.

Grandes economias emergentes são fechadas e têm plena liberdade para tomarem as medidas que desejam ao seu bom alvitre. A China é o principal exemplo. Resta saber qual é a melhor combinação de política doméstica, política externa e discurso internacional do *Brazil global player*. E em que medida a estabilidade macroeconômica e um banco central autônomo podem contribuir.

El regreso de la empresa pública: confusión entre lo público y lo estatal

Por Ignacio M. de la Riva*

1. La vuelta al Estado empresario

La última década ha sido testigo de la reasunción por parte del Estado argentino de un amplio protagonismo en el campo empresarial.

El nuevo escenario es resultado de un proceso que comenzó por insinuarse con cierta timidez y mediante casos aislados, pero que se generalizó a partir de la reforma del sistema previsional, que conllevó el traspaso al Estado de los fondos acumulados bajo el sistema de capitalización gestionado por las AFJP¹, que registraban entre sus activos una importante cantidad de acciones societarias. A partir de entonces, el Estado argentino se convirtió, automáticamente, en accionista de tales sociedades.

Desde luego que no toda la presencia estatal en el campo empresarial proviene de dicho episodio puntual. Existen muchos casos en que la propiedad accionaria estatal tuvo su origen en el acto mismo de creación de la compañía², o bien en el acto que dispuso su "estatización"³.

La actuación empresarial estatal puede asumir distintas formas. Entre las más tradicionales figuran la Empresa del Estado⁴, la Sociedad del Estado⁵, la Sociedad de Economía Mixta⁶ y la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria⁷, cuyos regímenes exhiben, en mayor o menor medida, rasgos que denotan su carácter parcialmente público.

Las empresas del Estado se visualizan como fruto de un proceso de descentralización administrativa, que se traduce en el surgimiento de auténticas personas jurídicas estatales distintas del Estado.

En los últimos tiempos, sin embargo, el formato utilizado con mayor habitualidad por el Estado argentino es el de la Sociedad Anónima⁸, figura típicamente comercial, en la

que el Estado se ha erigido en titular de una parte o de todo el paquete accionario.

2. Distinción entre lo público y lo estatal

Frente al fenómeno del creciente estatismo descripto caben, por cierto, distintas reacciones, según cuál sea la concepción que cada cual tenga acerca del papel que le toca desempeñar a los Poderes públicos en el campo económico. A quienes asignamos al principio de subsidiariedad un rol rector de las incumbencias de los sectores público y privado, semejante grado de protagonismo estatal nos genera, desde luego, no pocos reparos. En este caso me detendré sobre uno en particular, concerniente a la profunda confusión entre la esfera de lo *público* y de lo *estatal* que denota la forma en que se ha producido este extendido desembarco del Estado argentino en el quehacer empresarial.

Desde el punto de vista de la técnica organizacional, las empresas del Estado⁹ se visualizan como fruto de un proceso de descentralización administrativa, que se

* Doctor en Derecho de la Universidad de Valladolid, España, Profesor de grado y posgrado de Derecho Administrativo en la UCA (entre otras), y Abogado del Estudio Cassagne.

¹ Ver ley 26.425.

² A título de ejemplo, cabe citar los casos de ENARSA, creada por ley 25.943; Correo Oficial de la República Argentina S.A., creado por decreto 721/2004; AySA, S.A., creada por decreto 304/2006; y Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado y Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, ambas creadas por ley 26.352.

³ Los casos recientes más notorios los constituyen Aerolíneas Argentinas S.A., expropiada por ley 26.466 e YPF S.A., expropiada parcialmente por ley 26.741.

⁴ Regidas por la ley 13.653.

⁵ Sujetas a la ley 20.705.

⁶ Previstas en el decreto-ley 15.349/46.

⁷ Contempladas en los artículos 308 y siguientes de la ley 19.550.

⁸ Regida por la ley 19.550, artículos 163 y siguientes.

traduce en el surgimiento de auténticas *personas jurídicas estatales* distintas del *Estado* con mayúsculas.

Ahora bien, pese al carácter estatal de estas empresas, no pasa desapercibido que cuando el Estado decide gestionar una porción de sus asuntos bajo el ropaje de una forma societaria decididamente privada (como sería el caso de una sociedad anónima estatal), debe entenderse que ha resuelto someter esa cuota de su actividad a los criterios y normas propias del Derecho privado. Al hacerlo, la actuación del Estado -a través del vehículo societario escogido- debe desenvolverse libre de las prerrogativas propias del ejercicio del poder público y en paridad de condiciones frente a las otras sociedades (en su mayoría privadas) con las cuales trabee relación. Ello con mayor razón cuando la actividad involucrada se desarrolle en un contexto de competencia, puesto que de otra manera se producirá una discordancia entre las reglas de juego del mercado y la presencia de un operador (la sociedad anónima estatal) dotado de ciertos privilegios, derivados – injustificadamente en el caso- de su condición estatal.

3. El caso de YPF S.A.

Tal vez, el caso más paradigmático de cuanto venimos diciendo sea el de YPF S.A.

Pese a que la ley 26.741, que dispuso la expropiación del 51% de las acciones de la empresa, previó que "*YPF Sociedad Anónima (...) continuará(n) operando como sociedad(es) anónima(s) abierta(s), en los términos del Capítulo II, Sección V, de la Ley 19.550 y normas concordantes, no siéndole(s) aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación*", el comportamiento posterior del Poder Ejecutivo viene contradiciendo lo dispuesto por el legislador.

Cuando el Estado decide gestionar sus asuntos bajo una forma societaria privada ha resuelto someter esa cuota de su actividad a los criterios y normas propias del Derecho privado.

Muestra cabal de ello es el decreto 1189/2012, según el cual todo el Sector Público Nacional debe contratar con YPF la provisión de combustibles y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales (lo cual genera un evidente privilegio para la empresa respecto de sus competidoras). El mismo decreto calificó los contratos celebrados entre la empresa y las entidades públicas adquirentes como "*convenios interadministrativos*", en atención "*al carácter público de las partes contratantes*".

En este y otros muchos casos, el Poder Ejecutivo viene actuando cual si YPF comportase una entidad pública, enderezada primordialmente a la consecución de objetivos públicos, lo cual pone de manifiesto la confusión de roles entre el Estado y la compañía, y la instrumentalización recíproca que se observa entre ambos: a través de sus directores, el Estado impone a YPF criterios de actuación acordes al interés público, y le otorga, al mismo tiempo, beneficios que sólo se explican a la luz de la premisa de que se trata de una entidad que integra el propio Estado.

En esa línea se inscriben los considerandos del citado decreto 1189/2012, que aducen que los contratos que celebre la empresa "*deben contribuir a mejorar la eficacia, la eficiencia en el uso de los recursos y la economía en el cumplimiento de los objetivos de las jurisdicciones y entidades del sector público, contribuyendo al mismo tiempo a la realización del interés general, cuya gestión incumbe al Estado*".

⁹ A partir de aquí emplearé la expresión "empresa del Estado" en sentido genérico, comprensivo de todas las formas empresariales que puede asumir el Estado, más arriba mencionadas, y no haciendo alusión estrictamente a las Empresas del Estado regidas por la ley 13.653.

En suma, el Poder Ejecutivo entiende que el interés social de YPF no es autónomo ni de carácter privado, sino público, e identificado con el "*interés general cuya gestión incumbe al Estado*".

Instituciones y acuerdos de precios

Por Guillermo Sabbioni*

Como se verá en esta columna, las similitudes entre el congelamiento¹⁰ actual y el acuerdo colusorio del cual participaron las principales empresas fabricantes de cemento portland, sugieren que el acuerdo actual podría estar violando la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), la cual establece que coordinar precios entre competidores es ilegal. De ser así, estaríamos en presencia de una situación institucional sorprendente, ya que sería el Ministerio de Economía y Finanzas el que estaría violando la legislación destinada a resguardar el bienestar económico general, de cuyo cumplimiento debe ocuparse el propio ministerio, a través de la CNDC¹¹. Asimismo, además de ser contrario a la ley, la CNDC explica claramente que fijar precios en forma coordinada tiene efectos negativos para los consumidores, como se explica a continuación.

El Dictamen N° 513 emitido por la CNDC en el año 2005, brinda una descripción detallada respecto a cómo se llevó adelante el proceso de cartelización de las

Además de ser contrario a la ley, la CNDC explica claramente que fijar precios en forma coordinada tiene efectos negativos para los consumidores.

principales empresas cementeras, el cual incluía a Loma Negra, Minetti, Cementos Avellaneda y Petroquímica Comodoro Rivadavia, además de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP), que es una entidad civil sin fines de lucro representativa de la industria. En dicho dictamen, la CNDC llegó a la conclusión de

que estas empresas habían violado la LDC, al cartelizarse e intercambiar información competitivamente sensible durante más de veinte años, entre julio de 1981 y agosto de 1999. Específicamente, la ilegalidad radicaba en que las empresas habían participado en: (i) "un acuerdo global a nivel país de asignación de cuotas y participaciones en el mercado de cemento portland, monitoreado a través de la AFCP, y en función del cual se realizaban concertadamente ajustes de los despachos y las participaciones de cada empresa por provincias o zonas, y se realizaban acuerdos de precios y demás condiciones comerciales en diferentes localidades o zonas del país"; y (ii) "un acuerdo para intercambiar información competitivamente sensible referida al mercado del cemento portland, instrumentado a través de la AFCP."¹²

En primer lugar, es importante señalar el rol clave que la AFCP tuvo en este acuerdo ilegal de cartelización. Según la CNDC, el sistema estadístico montado por

* Doctor en Economía, University of Florida, Profesor de Teoría de los Juegos y Organización Industrial y Director de la carrera de Economía, Facultad de Ciencias Económicas UCA.

¹⁰ Acuerdo, coordinación, consenso, congelamiento y/o alineamiento de precios, constituyen posibles expresiones válidas para caracterizar y describir un proceso de fijación de precios en el cual la empresa comercializadora no goza de plena libertad para decidir el precio de venta de los productos.

¹¹ "La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia fue creada con el propósito de canalizar los fines de la Ley de Defensa de la Competencia, configurando un organismo especializado en la materia, destinado a proteger el libre movimiento de los mercados a través de procedimientos preventivos y sancionatorios, al que además, se le confirió facultades para ordenar el cese, abstención y/o modificación de conductas distorsivas y actos nocivos para la Competencia, en función del interés público económico, garantizando la defensa de la libre actividad de los particulares." (<http://www.cndc.gov.ar/objetivos.htm>)

¹² CNDC, Dictamen N° 513/2005, pp. 4-5

la AFCP se convertía en una plataforma que facilitaba el intercambio de información entre competidores, lo cual inevitablemente distorsionaba la competencia. La CNDC entendió que el intercambio de información competitivamente sensible, facilitado por la mediación de la AFCP, constituía una conducta que reducía los incentivos a competir de las empresas, y de esa manera distorsionaba la competencia de manera directa. Este hallazgo no llama la atención, dado que la literatura especializada destaca el importante papel que generalmente juegan las cámaras o asociaciones profesionales en facilitar la implementación de acuerdos que restrinjan la competencia. Asimismo, en el mencionado dictamen la CNDC también enfatizó el hincapié que hace la literatura moderna en que para combatir las conductas colusorias, las autoridades de la competencia deben enfocarse básicamente en la comunicación entre los participantes del mercado, tratando de impedirla y tornándola dificultosa. En particular, la CNDC cita como referencia a un experto en la materia, el Dr. Massimo Motta, quien sostiene que las autoridades deben eliminar las prácticas comerciales que favorecen la colusión tácita, entre las cuales figura en forma prominente el intercambio de información competitivamente sensible.¹³

En segundo lugar, a través del mencionado dictamen la CNDC indirectamente señala que el establecimiento de precios fijos resulta en una imposibilidad de competir, ya que elimina el incentivo a ofrecer bienes y servicios a menores precios. Esta conclusión puede derivarse del análisis que hace la CNDC respecto de cómo funcionaba el acuerdo colusorio durante los años ochenta, en el marco de precios máximos que dictara la Secretaría de Comercio Interior. En particular, la CNDC destaca que el establecimiento de precios máximos no impedía de ninguna manera que las empresas cementeras compitieran entre sí, ya que siempre podían decidir cobrar precios menores a los máximos establecidos. O sea, la propia CNDC enfatiza que establecer precios máximos tiene la virtud de permitir la competencia entre las empresas, ya que sigue siendo posible ofrecer precios menores a los máximos fijados por ley. De esto se desprende que si en vez de establecer precios máximos estos se “congelan” a un nivel determinado—siendo imposible que suban o bajen—se está eliminando la chance de competir, tal como destaca la CNDC.

El establecimiento de precios fijos resulta en una imposibilidad de competir, ya que elimina el incentivo a ofrecer bienes y servicios a menores precios.

En tercer lugar, la CNDC hace notar de qué manera el intercambio de información facilita el desarrollo de acuerdos colusivos tácitos en el futuro. Específicamente, el mecanismo a través del cual el intercambio de información disminuye la competencia es mediante la eliminación de la incertidumbre respecto del comportamiento del resto de los competidores. En un mercado con pocas empresas, la incertidumbre hace que ante una reducción en la demanda experimentada por una de ellas, no esté claro si se trata de una reducción generalizada de las ventas en la industria, o del efecto causado por otro competidor que está bajando sus precios significativamente. El hecho de que exista la posibilidad de que un competidor esté siendo agresivo, genera una intensidad competitiva mayor. Esto es así debido a que la empresa, al creer posible que sus ventas pueden estar cayendo debido a la acción de otros competidores, podría verse tentada a bajar sus precios. Por el contrario, cuando existe certeza respecto del comportamiento de los competidores, este elemento de presión competitiva desaparece. Si la cantidad vendida por una empresa se reduce, y no hay incertidumbre respecto de cómo se está comportando la competencia, la empresa estará segura de que se trata de una reducción generalizada de la demanda, con lo cual no habría motivos ni incentivos para reducir precios.

¹³ Ver Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004 (capítulo 4: *Collusion and Horizontal Agreements*). El Dr. Massimo Motta es ICREA Research Professor en la Universitat Pompeu Fabra y Research Professor en la Barcelona Graduate School of Economics.

En cuarto lugar, la CNDC resalta la importancia del monitoreo de los acuerdos de precios, de manera de permitir su continuidad en el tiempo. En este sentido, la literatura especializada destaca el importante rol que juegan las auditorías en cualquier acuerdo de cartelización, debido a la tentación de las empresas de hacer trampa. En el caso del cartel de las cementeras, el sistema estadístico implementado por la AFCP permitía auditar que el acuerdo estaba siendo cumplido por todos los participantes.

Debido a que varios de los elementos constitutivos del acuerdo colusorio de las cementeras también estarían presentes en el actual proceso de coordinación de precios impulsado por el Ministerio de Economía y Finanzas, estaríamos frente a una contradicción—y por ende frente a una debilidad institucional—en el seno del propio ministerio. Esto es así debido a que dicho ministerio estaría recopilando información de la misma manera que lo hacía la AFCP en un caso de colusión detectado por el propio ministerio. En virtud de esto, se estaría favoreciendo la posibilidad de que exista colusión futura, debido a que las empresas estarían de alguna manera compartiendo información competitivamente sensible—aunque el contacto entre ellas no sea directo sino a través de un intermediario.¹⁴

El intercambio de información disminuye la competencia mediante la eliminación de la incertidumbre respecto del comportamiento del resto de los competidores.

En cuanto a la imposibilidad de competir debido a que en el proceso actual se establecen precios inamovibles, esto es elocuente cuando lo contrastamos con el escenario de precios máximos de los ochenta. Como destaca la CNDC, en aquel marco las empresas podían seguir compitiendo mediante precios que se

situaran por debajo de los máximos. En el congelamiento actual, por el contrario, eso no es posible.

Por último, en el actual proceso de coordinación de precios existiría también un monitoreo, con el objetivo de verificar su cumplimiento. Según lo publicado en todos los medios, el monitoreo en el actual proceso de fijación de precios sería llevado a cabo por diversas organizaciones (plan “Mirar para Cuidar”), que se encargarían de corroborar que los precios no se desvíen de los valores preestablecidos. Es interesante destacar que el mero hecho de que exista un mecanismo de control o auditoría presupone necesariamente que hay algo para verificar. De no existir nada que requiera ser auditado, no haría falta mecanismo de verificación alguno. Por lo tanto, la existencia de un proceso de control es un reconocimiento de que existe por detrás un acuerdo, un consenso, una planificación o una coordinación de precios—la elección semántica es irrelevante—que es ilegal según la LDC, y que tiene efectos perjudiciales para el bienestar económico general, tal cual lo expresado por la CNDC.

Para concluir, resulta cuanto menos curioso que el Ministerio de Economía y Finanzas proponga multas para los participantes de un acuerdo de precios,¹⁵ al determinar que dicho acuerdo es ilegal, y que al mismo tiempo coordine la fijación sincronizada de precios para un gran número de productos. El paralelismo entre ambos procesos de fijación de precios es tan llamativo que invita a la reflexión, debido a la gravedad institucional que estaría implicando y debido a los perjuicios ocasionados a los consumidores, tal cual lo expresa el propio ministerio a través de la CNDC.

¹⁴ Como señala la CNDC, el Dr. Massimo Motta sugiere que los intercambios entre competidores de información desagregada acerca de precios y cantidades sean incluidos “en una lista negra de prácticas facilitadoras de la colusión, que representarían una violación per se del artículo 81 (1) del Tratado de la Unión Europea, salvo que las empresas lo justifiquen en razones de eficiencia.” (ver CNDC, Dictamen Nº 513/2005, p. 111).

¹⁵ En mayo de 2013 la Corte Suprema ratificó dichas multas, por más de 300 millones de pesos.

La Licitación Pública y los casos de excepción

Por Claudia Esteban*

Bien es sabido y como lo venimos expresando en Informes anteriores la licitación pública es el procedimiento de selección del contratista que por regla general establece la misma normativa, cuando se pretende contratar con el Estado. Sin perjuicio de ello es dable aclarar, en esta instancia, que la "licitación" es una de las variantes posibles de selección junto a otras tales como, el concurso, el remate o subasta pública, etc, que igualmente receptan los elementos y principios propios de la licitación pública.

Ahora bien, este trabajo pretende abordar las excepciones a esta regla general, en donde el Estado, por diferentes circunstancias o situaciones debe recurrir a estas excepciones previstas en las normas pertinentes.

Preliminarmente cabe destacar que la normativa aplicable es el REGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION NACIONAL, aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/2001¹ y reglamentado por el recientemente dictado Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional², aprobado por el Decreto N° 893/12.

¿Cuáles serían las causas que llevarían al Estado a excepcionar esta regla de la Licitación Pública?

Ahora bien, la pregunta es entonces ¿cuáles serían las causas que llevarían al Estado a excepcionar esta regla de la Licitación Pública?

Existen a mi entender causas subjetivas (que responde a circunstancias particulares, de oportunidad, de mérito o conveniencia) y causas objetivas. Claro está que todas ellas deben cumplir con formalidades y exigencias previstas en los decretos antes citados.

En el ámbito nacional, se establece como regla general la exigencia de la licitación pública como instrumento de contratación del Estado, sin perjuicio de contemplar diversas excepciones a su exigibilidad general, pudiéndose recurrir a la Contratación Directa como mecanismo de selección del contratante. Tales excepciones son:

- 1.- El monto: cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación, que en la actualidad asciende a \$200.000.-
2. La especialidad: la realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del co-contratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.
3. La exclusividad: La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la

* Abogada (UBA) y doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora UCA. Especialista en Negociación. Jefa de Asesoramiento Jurídico de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Asuntos Legales, Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

¹ Art. 4° — 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.

² El decreto es de fecha 07/06/12 y fue publicado en el B.O. el 15/06/12

contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora. Cabe aclarar que la marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes, lo que también debe quedar acreditado.

4. La declaración de desierta o de fracaso de una licitación: En primer lugar se señala que una licitación es declarada desierta cuando a la misma no se han presentado oferentes y es declarada fracasada cuando en la misma hay ofertas pero las mismas resultan desestimadas porque su precio resulta inconveniente o porque las ofertas no se ajustan al Pliego de Bases y Condiciones que rigió esa contratación. En ese caso la normativa establece que en esos casos se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si éste también resulte desierto o fracasado, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa.

5. La urgencia o la emergencia: cuando razones probadas de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas y que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

La contratación directa, pese a la confusión que podría originar el término, no es sinónimo de elección de un contratista estatal con libertad, sin necesidad de cumplir formalidades previas.

6. La declaración de secreto: En este caso el Poder Ejecutivo tiene la facultad excepcional e indelegable de declarar secreta una determinada operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional.

7. Reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores: se utilizará este caso cuando el desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resulte más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

8. Contrataciones inter-administrativas: es el caso de los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 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. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato.

9. Contrataciones con Universidades Nacionales: los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado con dichas universidades.

10. Contrataciones con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social: son los contratos que previo informe al Ministerio de Desarrollo Social, se celebren con dichas personas físicas o jurídicas, reciban o no financiamiento estatal.

Si bien ante los casos antes referidos, se habilitaría un procedimiento de excepción como es la contratación directa³, no lo priva de la publicidad. En efecto, salvo en los casos de la contratación secreta, que por razones obvias no deben publicarse todas las etapas del procedimiento de este tipo de contratación, y en los casos de emergencia o cuando se trata de contrataciones inter-administrativas, a las que se

³ Dromi, Roberto. Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, Año. 1995.

exceptúa de la obligación de difusión de la convocatoria, el resto de los casos son publicados en el sitio web de la Oficina Nacional de Contrataciones, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, órgano rector en materia de contrataciones⁴, debiendo además cumplir con otros requisitos.

Por lo expuesto, la contratación directa, pese a la confusión que podría originar el término, no es sinónimo de elección de un contratista estatal con libertad, sin necesidad de cumplir formalidades previas, tal como lo señaláramos, por ejemplo,

La terminología puede resultar ambigua pero no las reglas a las que corresponde sujetarse para adjudicar un contrato por estas vías.

en cuanto a la publicidad, en el párrafo precedente.

La contratación directa como procedimiento de selección del contratista, si bien resulta menos rigurosa q la licitación pública, de todos modos se encuentra sujeta a

determinadas reglas, a efectos de preservar los principios de publicidad, transparencia, igualdad, razonabilidad, responsabilidad y concurrencia, los que también son de plena aplicación, aún cuando, respecto de algunos de ellos, con ciertas modulaciones y características especiales.⁵ En consecuencia, la terminología puede resultar ambigua pero no las reglas a las que corresponde sujetarse para adjudicar un contrato por estas vías.

⁴ Art. 23. — ORGANOS DEL SISTEMA. El sistema de contrataciones se organizará en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa. Los órganos del sistema y sus respectivas funciones serán: a) El Órgano Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el artículo 29, inciso b) del presente régimen; y b) Las unidades operativas de contrataciones funcionarán en las jurisdicciones y entidades aludidas en el artículo 2° del presente y tendrán a su cargo la gestión de las contrataciones.

⁵ Rejtaman Farah, Mario; Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; Abeledo Perrot; Año 2010.