



**XXVIII Asamblea General
Ordinaria de la OLACEFS
Buenos Aires 2018
A R G E N T I N A**

**TEMA TÉCNICO 2. FISCALIZACIÓN
SUPERIOR DE EMPRESAS DEL ESTADO Y
ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

Propuesta Inicial

XXVIII Asamblea General Ordinaria de OLACEFS, Buenos Aires Argentina, 9 al 12 de octubre de 2018.

Tribunal de Cuentas de la República Oriental del Uruguay, Presidencia del Comité Asesor Jurídico (CAJ),
Contraloría General de la República de Cuba,
Auditoría Superior de la Federación de México

XXVIII Asamblea General de la OLACEFS

Tema Técnico 2

“Fiscalización superior de empresas del Estado y asociaciones público privadas”

PRESENTACIÓN

El Tema Técnico 2 de la XXVIII Asamblea General Ordinaria de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), a llevarse a cabo del 9 al 12 de octubre de 2018, en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, fue aprobado por la XXVII Asamblea General Ordinaria de octubre de 2017, en Asunción, República del Paraguay, previa consulta a los miembros plenos y conforme a la normativa vigente relativa a los Temas Técnicos de la OLACEFS.

Este documento “*Propuesta inicial*” se complementará con las colaboraciones técnicas de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) de la OLACEFS. El resultado de los aportes permitirá a las EFS coordinadoras, elaborar la “*Ponencia Base*” a presentarse a la Asamblea.

Si bien el título hace referencia a “Asociaciones Público – Privadas”, la temática comprende también aquellas hipótesis de actuación del Estado – en calidad de socio – en personas jurídicas privadas (sociedades comerciales), participando en el capital social en forma total o parcial.

En función de la aclaración anterior, esta Propuesta Inicial abordará ambas figuras jurídicas en forma separada.

JUSTIFICACION DEL TEMA

Una de las bases teóricas de los procesos de modernización administrativa del Estado es la concepción de que los atributos de la gestión privada pueden ser adaptados a las labores gubernamentales, dada su orientación hacia la maximización de beneficios a partir de la competitividad, la eficacia, el aprovechamiento de recursos, las economías de escala, control de calidad, la priorización de la satisfacción del cliente, la innovación, entre otros.

ANTECEDENTES GENERALES

En noviembre de 1998 el XIV Congreso Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INCOSAI), llevado a cabo en Montevideo, Uruguay, solicitó al entonces *Grupo de Trabajo sobre la Auditoría de la Privatización*, desarrollar una guía sobre auditorías de las APP con

1 Se entiende por “sociedad comercial” aquel contrato por el cual dos o más personas físicas o jurídicas, realizan aportes, para desarrollar una actividad comercial organizada, teniendo en cuenta asimismo, que a las sociedades comerciales se les reconoce personalidad jurídica

enfoque de financiación pública/privada y sus concesiones. Las directrices resultantes se publicaron en 2001. Seis años después, se revisaron y ajustaron, durante el XIX INCOSAI.

En el ámbito regional, el entonces CER (1) de la OLACEFS, presidido por el Tribunal de Cuentas - República Oriental del Uruguay, en 2015 organizó el Seminario Regional “*Participación del Estado en sociedades anónimas y el control de las EFS*”, cuyo objetivo fue compartir las principales experiencias de fiscalización de las sociedades comerciales, en las que el Estado es socio, con el fin de identificar las buenas prácticas que permitieran el desarrollo de las capacidades institucionales de las EFS y la transferencia de conocimientos entre ellas. Al final de este documento, se presentan los principales resultados y conclusiones del seminario.

II) DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADAS

Una de las bases teóricas de los procesos de modernización administrativa del Estado es la concepción de que los atributos de la gestión privada pueden ser adaptados a las labores gubernamentales, dada su orientación hacia la maximización de beneficios a partir de la competitividad, la eficacia, el aprovechamiento de recursos, las economías de escala, control de calidad, la priorización de la satisfacción del cliente, la innovación, entre otros.

En ese enfoque, las Participaciones Público-Privadas (PPP) han ido adquiriendo gran relevancia en los distintos países, como un mecanismo eficiente de contratación a través del cual el sector privado aplica sus recursos en el país, en la financiación de obras de infraestructura y servicios conexos.

1) DEFINICIONES GENERALES Y RETOS

Sin perjuicio de las características propias que se observan en cada país, las APP podrían definirse como un esquema en el que se formaliza la relación entre el sector público y privado, mediante un contrato, en el que un organismo público encarga a una persona de Derecho Privado, por un periodo determinado, la ejecución de un proyecto de interés público, que puede implicar producción de bienes, inversión en infraestructura, construcción de obra pública, provisión de un servicio, mantenimiento de instalaciones, entre otros.

Estas figuras enfocadas a mejorar los procesos del aparato estatal han abierto la posibilidad de que algunas acciones, originalmente emprendidas por la Administración pública, puedan dejarse en manos de particulares.

¹ En el marco de la LXVII Reunión del Consejo Directivo, se aprobó la actualización de los términos de referencia del CAJ, cuyo principal efecto fue el cambio de nombre del Comité Especial de Revisión del Carta Constitutiva y su Reglamento (CER), por Comité de Asesoría Jurídica (CAJ). Véase sitio web de la OLACEFS: <http://www.olacefs.com/cer-82018-terminos-de-referencia-del-comite-asesor-juridico-caj/>

1 Se entiende por “sociedad comercial” aquel contrato por el cual dos o más personas físicas o jurídicas, realizan aportes, para desarrollar una actividad comercial organizada, teniendo en cuenta asimismo, que a las sociedades comerciales se les reconoce personalidad jurídica

Ejemplos de las Asociaciones Público Privadas en la legislación española

- La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Esta interacción sector público/privado no está exenta de presentar riesgos y vulnerabilidades. En el caso de la Auditoría Superior de la Federación de México se ha observado que la participación del sector privado en tareas de orden público no ha estado exenta de deficiencias en materia de cumplimiento de objetivos, discrecionalidad en la toma de decisiones, calidad de bienes y servicios ofertados, oportunidad y transparencia.

Problemática identificada por la Auditoría Superior de la Federación en esquemas de Asociación Público Privada vinculados con autopistas y carreteras

- Carencia de normativa legal para regular la metodología para la determinación de las contraprestaciones inicial y fija anual que deben cubrirse al gobierno federal por las concesiones otorgadas en caminos y puentes federales.
- No inclusión de aprovechamientos adicionales que deberían obtenerse con motivo de las modificaciones efectuadas a las concesiones por concepto de extensiones en su plazo, ampliaciones en infraestructura y autorizaciones para nuevos servicios.
- Autorización a los concesionarios de prórrogas que exceden del máximo permitido por la ley, ocasionando que una vez vencido el plazo establecido, las carreteras concesionadas no retornen al dominio de la nación para poder someterlas nuevamente a concurso público, privilegiando así una libre competencia entre particulares.

- Deficiencias en el diseño original de Proyectos de Prestación de Servicios¹ –inadecuada estimación de aforos vehiculares, falta de derechos de vía para la construcción y/o modernización de diversos tramos carreteros– que derivan en modificaciones de los contratos celebrados en un incremento del plazo de prestación de los servicios y del costo de los mismos, para que el Estado pueda retribuir al particular la inversión efectuada.
- Ausencia de transparencia respecto de la definición de criterios para la autorización del incremento las tarifas de peaje, con lo que los particulares realizan los ajustes y actualizaciones sin que la dependencia vigile la procedencia de dichos incrementos.
- Inexistencia de supervisión y seguimiento en la ejecución de los programas de conservación y mantenimiento y la calidad de los mismos
- Operación de carreteras sin servicios de equipos de videograbación, taller mecánico, vigilancia y telefonía de emergencia.
- Pago de servicios de conservación y mantenimiento sin que se establezca una forma clara de cuantificación de los mismos, que resulta en falta de claridad respecto a las actividades que se realizan, su duración, frecuencia y costo.

Es necesario tener presente los elementos que ponen en riesgo la consecución de las metas y objetivos que se persiguen cuando se establece una asociación entre el Estado y el sector privado ya que son factores a ponderar por las EFS en sus tareas de auditoría.

Por lo anterior, surgen preguntas que deben ser abordadas por las EFS al momento de fiscalizar estas figuras:

- ¿Se justifica la participación privada en el desarrollo del proyecto?
- ¿Cuáles son las condiciones de gobernanza de estas figuras?, ¿cuáles son los controles y las medidas de supervisión previstas para asegurar la efectividad del proyecto?
- ¿Cuál es el nivel de discrecionalidad con el que cuenta el sector privado para la ejecución de los proyectos?, ¿este nivel de discrecionalidad pone en riesgo el cumplimiento de los objetivos?
- ¿Cómo se controla la mezcla de recursos públicos y privados en la ejecución de estos proyectos?, ¿cuáles son los niveles de transparencia y acceso a la información de estas figuras?
- ¿Cómo asegurarse de la calidad de los bienes y servicios ofertados?

² Concesiones que se otorgan a particulares por medio de licitaciones públicas que les garantizan a éstos la adjudicación de contratos, en los que se comprometen, con sus propios recursos de financiamiento, a iniciar, construir, mantener y operar carreteras en plazos determinados.

¹ Se entiende por “sociedad comercial” aquel contrato por el cual dos o más personas físicas o jurídicas, realizan aportes, para desarrollar una actividad comercial organizada, teniendo en cuenta asimismo, que a las sociedades comerciales se les reconoce personalidad jurídica

2) ISSAI 5220

La INTOSAI cuenta con la norma profesional ISSAI 5220 “Lineamientos para la mejor práctica en la Auditoría de Financiamiento Público Privado y Concesiones”, la cual constituye el documento de referencia a nivel internacional para la práctica de auditorías en esta materia.

Esta norma profesional establece que las EFS deberían, conforme a sus respectivos mandatos, considerar las siguientes actividades:

- a) **Identificar cuáles son sus responsabilidades de auditoría** en relación con proyectos de concesiones y financiamiento mixto, y decidir cómo llevarlas a cabo.
- b) **Identificar y asegurar las habilidades internas esenciales** que necesita, para llevar a cabo estudios creíbles y fiables, de proyectos de financiamiento mixto y de concesiones y/o complementar estas habilidades con el apoyo externo de expertos cuando sea necesario.
- c) **Examinar la adquisición de un acuerdo de financiamiento público/privado** y de concesión, tan pronto como resulte factible una vez otorgado el contrato, y considerar el examen del proyecto nuevamente, cuando se encuentre en su fase operativa y el concesionario/contratista esté prestando los servicios contratados.
- d) **Para la planificación de la auditoría**, cubrir todos los aspectos más importantes del acuerdo sobre la relación calidad-precio, para identificar sus asociados clave y cuando sea posible, obtener sus testimonios y evidencias. Estar alerta para identificar enseñanzas que podrían ser útiles en el futuro.
- e) **Definir el alcance del proyecto**, considerar, entre otros:
 - examinar la forma en que jerarquizó los proyectos y si cumplió con esas prioridades en su implementación;
 - establecer con claridad los requerimientos desde el inicio, si se expresó en términos de resultados, y se aclaró alguna restricción particular;
 - valorar en forma preliminar las capacidades del sector privado para cumplir con lo requerido;
 - evaluar vías alternas (métodos tradicionales de contratación del sector público o la privatización, concesiones y financiamiento mixto);
 - explorar posibilidades de transferencia de riesgos del proyecto entre los sectores público y privado afectados por el proyecto;
 - valorar el grado en que el ente auditado consideró si el proyecto podría solventarse y ofrecería una relación calidad-precio aceptable;
 - valorar en forma preliminar las capacidades del sector privado para cumplir con lo requerido;
- f) En la **evaluación del riesgo**, si investigó con anticipación las diferentes posibilidades de transferencia de riesgos del proyecto entre los sectores público y privado afectados.

- g) En la **capacidad de financiamiento** y potencial relación calidad-precio, el grado en que tuvo en cuenta, antes de comenzar el proceso de contratación, si el proyecto podría solventarse y ofrecería una relación calidad-precio aceptable.
- h) En la **gestión del proyecto**, las capacidades necesarias para llevar a cabo el proyecto de manera exitosa, y de dónde podría obtenerlas (por ejemplo, del personal interno o de consultores externos), y si reunió al equipo del proyecto en el tiempo estipulado.
- i) En el **estudio de mercado**, antes de iniciar la adquisición formal, verificar la existencia de proveedores dispuestos a ofertar por el proyecto.
- j) Identificar si se preparó una **estrategia de licitación**, y se cubrió el número de rondas de oferta a realizar, el número de ofertas para cada etapa, el modo de comunicación del organismo contratante con los oferentes, y un calendario adecuado para el proceso de licitación.
- k) En cuanto a la **fase operativa**, examinar si el ente auditado planificó y administró, de manera eficaz, su terminación de contrato.

III) DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS ESTATALES ⁽³⁾

Otra alternativa de actuación del Estado se traduce en su participación en “*personas jurídicas “privadas”*”, generalmente comerciales, en calidad de socio.

1) DEFINICIONES GENERALES Y RETOS

Se ha evidenciado también la actuación del Estado en actividades “privadas” a través de su actuación en sociedades comerciales (en general sociedades anónimas), existentes o a crearse, trasladando bienes - en sentido amplio - de propiedad estatal a dicha persona para constituir el capital social y por lo cual recibe participaciones sociales, con la finalidad de obtener ganancias o soportar pérdidas.

Problemática identificada por CAJ del relevamiento de información 2015

- creación de numerosas sociedades comerciales bajo el amparo de la legislación nacional correspondiente, reconociéndose al Estado la calidad de socio, amparada en norma de mayor rango legal (Constitución y ley autorizante).
- falta de exigencia de participación mayoritaria del Estado en la sociedad comercial, con tendencia al 100% de participación estatal, como único titular del paquete accionario.
- interés público por sobre la forma legal (*sociedad comercial*), son los fondos públicos

¹ Se entiende por “sociedad comercial” aquel contrato por el cual dos o más personas físicas o jurídicas, realizan aportes, para desarrollar una actividad comercial organizada, teniendo en cuenta asimismo, que a las sociedades comerciales se les reconoce personalidad jurídica

aplicados lo que transforman estas sociedades comerciales estatales en responsables de responsables de rendir cuentas de su utilización.

- salvo algunas excepciones, autorización de la asociación preferentemente asignada al Poder Ejecutivo, “empresas” públicas, entes autónomos, servicios descentralizados y gobiernos departamentales, provinciales o municipales.
 - la importancia del control se fundamenta en razones de interés público que determinan su constitución. El control externo se realiza de formas diferentes, bajo sus tres modalidades, atendiendo al momento en que se realiza: preventivo, se destacan, permanente y a posteriori
- Aplicación de la misma técnica de auditoría que para los restantes sujetos controlados.
- Equipos de auditoría multidisciplinarios: abogados, administradores, auditores gubernamentales, contadores públicos, informáticos y otros especialistas.
- Pago de servicios de conservación y mantenimiento sin una forma clara de su cuantificación, que resulta en falta de claridad respecto a las actividades que se realizan, su duración, frecuencia y costo.

3) Se entiende por “*sociedad anónima estatal*” la persona jurídica de Derecho Privado en la que participa el Estado (como persona jurídica mayor o a través de algunas de sus dependencias) en calidad de socio, participando de las ganancias y soportando las pérdidas en forma correlativa a los aportes vertidos al constituir o ampliar el capital social. El objeto social es llevado adelante por la sociedad comercial.

2) SEMINARIO REGIONAL “PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN SOCIEDADES ANÓNIMAS Y EL CONTROL DE LAS EFS”, CAJ 2015

En el año 2015 el Comité Asesor Jurídico de la OLACEFS organizó un encuentro técnico donde se discutieron los hallazgos del relevamiento preliminar llegándose, en términos generales, se llegó a las siguientes conclusiones:

- la calidad de sujeto privado de la sociedad comercial no exige la creación de un régimen especial de auditoría aplicable a estas formas jurídicas.
- el control a *posteriori* es el más común, debido a la naturaleza y dinámica del ámbito privado en el que estas sociedades comerciales operan, sin menoscabo, de los otros tipos de control que se utilizan para casos específicos.
- se identificó que el sistema de control interno de una sociedad comercial estatal es un aliado estratégico para la tarea de las EFS. Asimismo, la articulación entre las EFS y otros organismos (tales como bancos centrales, auditorías internas y externas y con asociaciones profesionales) pueden aportar coordinación y recursos para una fiscalización eficiente.

1 Se entiende por “sociedad comercial” aquel contrato por el cual dos o más personas físicas o jurídicas, realizan aportes, para desarrollar una actividad comercial organizada, teniendo en cuenta asimismo, que a las sociedades comerciales se les reconoce personalidad jurídica

- el fortalecimiento de la relación entre el sistema de control estatal general de las sociedades comerciales estatales (otros organismos públicos controladores) y el órgano de control externo (EFS) contribuye al mejoramiento del control gubernamental de estas personas jurídicas privadas. Para ello, se requiere comprender el negocio, contar con recursos humanos, conformar grupos interdisciplinarios, acceder a los datos de la empresa y compartir la información.
- las EFS deben promover la aprobación de normas regulatorias de control, a efecto, de comenzar o mejorar la fiscalización de estos entes societarios, evaluando además la introducción de normas coercitivas.