

UCR
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

CICAP

Centro de Investigación y
**Capacitación en
Administración Pública**



ADMINISTRAR LO PÚBLICO
8va. Compilación

CICAP 44 años transfiriendo conocimientos

ALP 8

ADMINISTRAR LO PÚBLICO 8VA. COMPILACIÓN



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA



VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN

CICAP

Centro de Investigación y
Capacitación en
Administración Pública

351.070.728.6

A238a Administrar lo público, 8va. compilación : ALP 8 / editor Esteban O. Mora-Martínez. – Primera edición. -- San José, Costa Rica : Universidad de Costa Rica, Vicerrectoría de Investigación, CICAP, 2020.
1 recurso en línea (134 páginas) : gráficos a color, archivo de texto, PDF, 2.02 MB.

ISBN 978-9968-932-36-3

1. COSTA RICA – ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – INVESTIGACIONES. 2. CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA – PREVENCIÓN – COSTA RICA. 3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – LEGISLACIÓN – COSTA RICA. 4. TRANSPARENCIA EN EL GOBIERNO – COSTA RICA. 5. ACCESO A LA INFORMACIÓN – COSTA RICA. 6. PUBLICACIONES ACADÉMICAS – INVESTIGACIONES – BAJA CALIFORNIA (MÉXICO). 7. POLÍTICA PÚBLICA – EVALUACIÓN – BAJA CALIFORNIA (MÉXICO). 8. PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA – COSTA RICA. 9. ACCIÓN SOCIAL – COSTA RICA. I. Mora Martínez, Esteban O., editor.

CIP/3668
CC.SIBDI.UCR

Universidad de Costa Rica
Vicerrectoría de Investigación
© Centro de Investigación y Capacitación en Administración Pública
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Primera edición: 2020

Editor: Dr. Esteban O. Mora-Martínez

Diseño, diagramación, portada y control de calidad: Programa de Investigación e Innovación
Fotografía de portada: adaptada de Pixabay, Pexels.com con licencia Creative Commons Zero

Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley

Documento aprobado e impreso digitalmente en el marco del Proyecto de Investigación 225-C0-727 Sistematización de intervenciones en Administración Pública UCR-CICAP, 2020

San José, Costa Rica

Mecanismos para prevenir la corrupción en el ámbito de la contratación administrativa

Mechanisms to prevent corruption in the field of administrative procurement

Dra. Jennifer Isabel Arroyo Chacón¹

Artículo postulado: 02/07/2020

Artículo aprobado: 03/09/2020

Cita: Arroyo Chacón, J. I. (2020) Mecanismos para prevenir la corrupción en el ámbito de la contratación administrativa. [Artículo] Administrar Lo Público, 8va. Compilación, (8) 16-41, ISBN 978-9968-932-36-3 CICAP – Universidad de Costa Rica, San José

Resumen. La contratación administrativa es uno de los ámbitos de mayor riesgo para que se materialicen actos de corrupción, dado que precisamente por medio de los contratos públicos se disponen de fondos públicos para particulares, de allí que sea necesario instaurar mecanismos preventivos en esta área. En las siguientes líneas se desarrollan propuestas como la mejora en el régimen de prohibiciones, inhabilitaciones e incompatibilidades para contratar con el Estado, los sistemas de contratación electrónica, certificaciones éticas para proveedores, inclusión de cláusulas antisoborno y actos de corrupción en los contratos públicos. Necesidad de un observatorio de compras públicas, inclusión de criterios de transparencia, acceso a los datos públicos y participación ciudadana en contratación administrativa, entre otras iniciativas que se explican de manera detallada en el texto.

Palabras clave: Contratación administrativa, lucha contra la corrupción, prevención, sistemas de contratación electrónica.

Abstract. *Administrative contracting is one of the areas of greatest risk for acts of corruption to materialize, given that precisely through public contracts public funds are available to individuals, hence it is necessary to establish preventive mechanisms in this area. In the following lines, proposals are developed such as the improvement in regime of prohibitions, disqualifications and incompatibilities to contract with the State, electronic contracting systems E-Procurement, ethical certifications for suppliers, the need to include, anti-bribery clauses and acts of corruption in public contracts. In addition to the need to finance a public procurement observatory, in addition to the inclusion of transparency criteria, access to public data and citizen participation in administrative contracting, initiatives that are explained in detail in the text.*

Keywords: *Administrative contracting, fight against corruption, prevention, E-Procurement.*

Introducción

La contratación administrativa es el medio por el cual el Estado adquiere, generalmente, del ámbito privado, bienes y servicios necesarios para prestar un

¹ Docente de la Escuela de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Estatal a Distancia. info@profesorajenniferarroyo.com

servicio público. Surge una relación entre el Estado y un particular en donde hay disposición de fondos públicos, y un gran atractivo –por la oportunidad que genera– para la comisión de actos de corrupción, de allí que sea necesario enfocarse en crear mecanismos específicos de lucha contra la corrupción para esta materia.

Al respecto, se debe indicar que los mecanismos más frecuentes en este tema se han abocado al ámbito punitivo, sancionando con penas de cárcel la materialización del acto de corrupción; empero, en esta materia la prevención es esencial, y de allí surge la presente investigación, que busca indagar distintos mecanismos de carácter preventivo para la materia de compras públicas.

Se plantea como objetivo identificar una serie de mecanismos que son omisos en la legislación y práctica costarricense, pero que se considera idóneo incorporarlos en el ámbito costarricense y que se desarrollaran en este texto.

Metodología de la investigación

La presente investigación es de tipo cualitativo de carácter explicativo-comprensivo, dado que pretende identificar mecanismos de prevención de la corrupción aplicables a la contratación administrativa en el país. Se llevó a cabo durante el II semestre del 2019 y las técnicas de investigación empleadas fueron el análisis documental de los textos jurídicos y doctrina más autorizada en la materia, se aplicaron 14 entrevistas semiestructuradas a representantes de instituciones claves en todos los poderes de la república: Poder Ejecutivo, Poder Judicial, organismos de control (Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República y Defensoría de los Habitantes) sector educativo y sociedad civil (Costa Rica Íntegra, Abriendo datos e Instituto de Auditores Internos).

Asimismo, se aplicó un cuestionario *on line* con las diferentes propuestas de instrumentos preventivos de la corrupción en materia de recursos humanos a 125 funcionarios públicos de 56 instituciones públicas de todos los sectores interesados en la materia. En la figura 1 se refleja el porcentaje de participación por cada sector:



Figura 1. Procedencia del sector público de los funcionarios encuestados

El análisis de los datos se realizó siguiendo la técnica de análisis cualitativo de contenido y los resultados fueron validados mediante la aplicación de tres entrevistas a profundidad a tres expertos en la materia: persona investigadora del Estado de la Nación, persona encargada de la Oficina de Cumplimiento y Anticorrupción del Poder Judicial y persona representante de la Comisión Observatorio Normativo sobre Corrupción y Transparencia del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (actual Comisión de Probidad e Impunidad).

Resultados

I. Contratación administrativa y prevención de la corrupción

La contratación administrativa es un área de alto riesgo para la comisión de actos de corrupción y, por lo tanto, una de las actividades públicas que mejores mecanismos de prevención debe poseer.

La Convención Interamericana de Lucha contra la corrupción —CCICC— (Organización de Estados Americanos, 1996) incluye la publicidad, equidad y eficiencia en los sistemas de contratación públicos como mecanismos para luchar contra la corrupción en esta actividad de alto riesgo. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción —UNCAC— (Organización de las Naciones Unidas, 2003) en su artículo 9 demanda que cada Estado firmante debe adoptar medidas para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos —OCDE— también ha mostrado interés en esta materia, razón por la cual emitió la Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública (OCDE, 2003) en la cual demanda que los Estados miembros diseñen sistemas de contratación que fomenten la competencia efectiva y disminuya los riesgos de colusión en la contratación pública y garantice la relación calidad-precio.

Además, deberán asegurarse que el funcionariado que participa en los procesos de contratación conozcan los indicios, los comportamientos sospechosos y los patrones de presentación de ofertas inusuales que puedan ser señal de colusión; de este modo, los organismos públicos pertinentes podrán identificar e investigar mejor las actividades sospechosas, en igual sentido la Carta Iberoamericana de Ética e Integridad de la Función Pública (2018) se refiere a la importancia de implementar acciones en materia de contratos públicos.

Dada la importancia que posee esta actividad pública, debe atenderse la corrupción desde mecanismos preventivos y de allí la necesidad de promover cambios en el sistema costarricense, como los que a continuación se señalan.

II. Recomendaciones para prevenir la corrupción en los contratos públicos en Costa Rica

2.1 Mejorar el régimen de prohibiciones, inhabilitaciones e incompatibilidades para contratar con el Estado

Los organismos internacionales señalan el régimen de prohibiciones, inhabilitaciones e incompatibilidades para contratar con el Estado como uno de los medios más importantes para prevenir la comisión de actos de corrupción en contratos públicos, pero en el caso de la legislación costarricense, si bien, la Ley de Contratación Administrativa posee un régimen de prohibiciones, éste requiere una reforma urgente.

Al revisar la legislación actual se puede evidenciar que muchos aspectos han sido adicionados vía consultas de la Sala Constitucional, interpretaciones de la Contraloría General de la República y otras fuentes similares, que no se encuentran establecidas de manera expresa en la Ley. Igualmente, deja por fuera muchas situaciones riesgosas para la comisión de actos de corrupción que al no estar debidamente tipificadas como prohibidas no se pueden evitar, de allí que una de las conclusiones más relevantes, es la urgente necesidad de reformar el régimen actual.

De tal manera, que uno de los primeros pasos en el camino de procurar la prevención de la corrupción en el ámbito de las compras públicas es reformar el régimen de prohibiciones, inhabilitaciones e incompatibilidades para contratar con el Estado, lo cual contó con el respaldo de los expertos consultados y los funcionarios públicos que completaron el cuestionario:

Se requiere de un reformar el régimen de prohibiciones e inhabilitaciones para contratar con el Estado de manera que sea más efectivo.

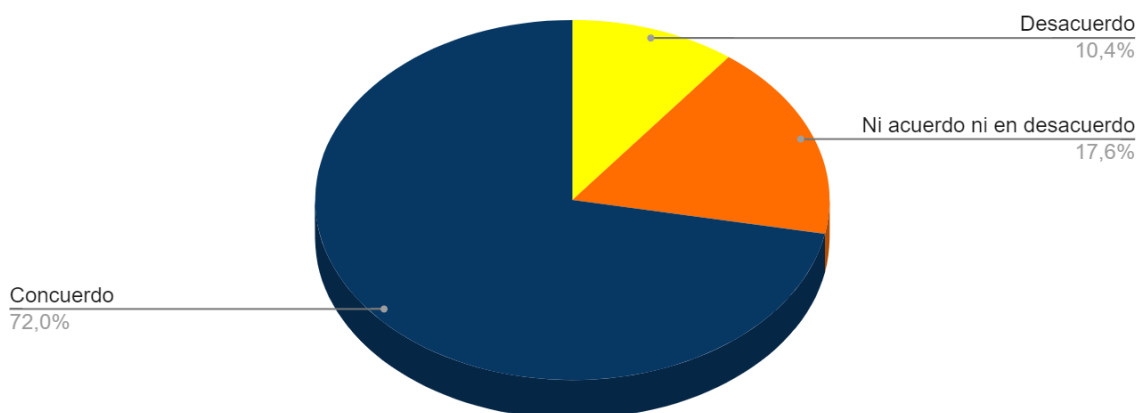


Figura 2. Apoyo de los funcionarios consultados sobre la necesidad de reformar el régimen de prohibiciones

La Contraloría General de la República es consciente de la urgente necesidad de reformar este aspecto, y otros vinculados con los procedimientos de contratación y presentó a análisis ante la Asamblea Legislativa un proyecto para reformar, de manera integral, la ley vigente.

Dentro de las reformas se incluye el régimen de prohibiciones, la cual, básicamente ordena todos los puntos que actualmente se concentran en los artículos 22 y 22 bis. (ver anexo 1)

La propuesta viene a tipificar las prohibiciones que habían sido incluidas vía consulta a la Sala Constitucional; pese a ello, de la anterior comparación se aprecia que algunos supuestos como los incisos b, c y d del artículo 22 bis desaparecen y en su lugar se aplica el inciso b) del nuevo artículo 54 el cual es muy general y en el futuro podría presentar dificultades en su aplicación.

Igualmente, se mantienen las mismas causales para lograr el levantamiento de la incompatibilidad para contratar con el Estado, y se adiciona la interpretación dada por la Sala Constitucional respecto al proveedor único. (ver anexo 2)

El régimen de incompatibilidades, inhabilitaciones y prohibiciones para contratar con el Estado debe ser reformado, la propuesta que realiza la CGR es un primer avance; sin embargo, debe ser revisada para incluir los supuestos que están haciendo falta, y con una visión de prevención de la corrupción más que de aplicación de sanciones.

2.2 Regular adecuadamente las subcontrataciones que se fundamentan en excepciones a la Ley de contratación administrativa

El inciso c) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa exceptúa de los procedimientos de contratación ordinaria a los entes de derecho público, lo cual estaría bien, si efectivamente se trata de un contrato entre dos instituciones estatales, el problema surge cuando esa contratación viene aparejada de subcontrataciones en donde participan privados, que resultan seleccionados sin mediar procedimiento alguno, con lo cual se violentan los principios de libre concurrencia y participación que deben regir al momento de seleccionar un particular.

Para evitar esta circunstancia, el proyecto de ley bajo el expediente N° 21.546 que se encuentra en estudio en el seno de la Asamblea Legislativa propone reformar la redacción de dicha excepción para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 3.- Excepciones. Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:

c) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del contratista. Esta excepción no puede ser empleada en caso de que los entes públicos a contratar estén en competencia, y en ninguna circunstancia podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.

Pretende dejar claro que no puede ser utilizada esta excepción para recurrir a subcontrataciones, con lo cual se cierra un importante portillo, que su sola utilización es en sí un acto de corrupción. Se requiere aprobar una reforma en el sentido planteada para evitar que se utilicen para subcontrataciones con particulares al amparo de un contrato entre entes de derecho público, como mecanismo para vulnerar la prohibición establecida.

2.3 Otorgar puntaje adicional a los proveedores que posean certificaciones éticas

En materia de contratación administrativa la mejor forma de incentivar a los proveedores, que son privados y se rigen por el principio de autonomía de la voluntad para realizar actividades que son de interés para la Administración Pública, es otorgando puntos adicionales en los procesos de contratación, que puedan ver retribuidos por medio de obtención de contrataciones que se traduzcan en una mejora en sus ingresos.

Bajo esa óptica, si bien es necesario que nuestro ordenamiento jurídico tipifique conductas y sus sanciones, también se deben introducir incentivos, estímulos, tales como otorgar puntajes adicionales o preferencias de contratación cuando el proveedor posea instrumentos como:

- Certificación ética para la empresa.
- Certificación ética para los empleados de la empresa que deban prestar servicios a la institución pública.

- Empresas que se hayan certificado en la norma ISO 37001 sobre Sistemas de Gestión Antisoborno.
- Empresas que vengan de un sector de la producción que hayan firmado pactos de integridad.
- Empresas que cuenten con oficiales de cumplimiento que incluya los temas éticos.
- Cualesquiera otra que la institución pública considere conveniente para garantizar la ética de la empresa que será proveedora.

En la medida en que las instituciones públicas sean frecuentes en requerir y dar puntaje adicional a estas certificaciones, se logrará un impulso para que todas las empresas vayan adquiriendo este tipo de formación y compromiso, hasta el punto de que se convertirá en un elemento obligatorio.

Paralelamente se propone la creación de certificaciones éticas para proveedores que pueden ser impartidas y acreditadas por universidades públicas —que poseen la competencia legal para ello— como la UCR, la UNED, el propio CICAP, sea de forma presencial o virtual para los empleados particulares que participan en contrataciones estatales.

Esta iniciativa fue apoyada por los expertos entrevistados y el 72% de los funcionarios públicos consultados (29.6% de acuerdo y 42.4% totalmente de acuerdo):

Se debe instaurar mecanismos de certificación ética y compromiso de actuación correcta dirigido a los proveedores que deseen contratar con el Estado.

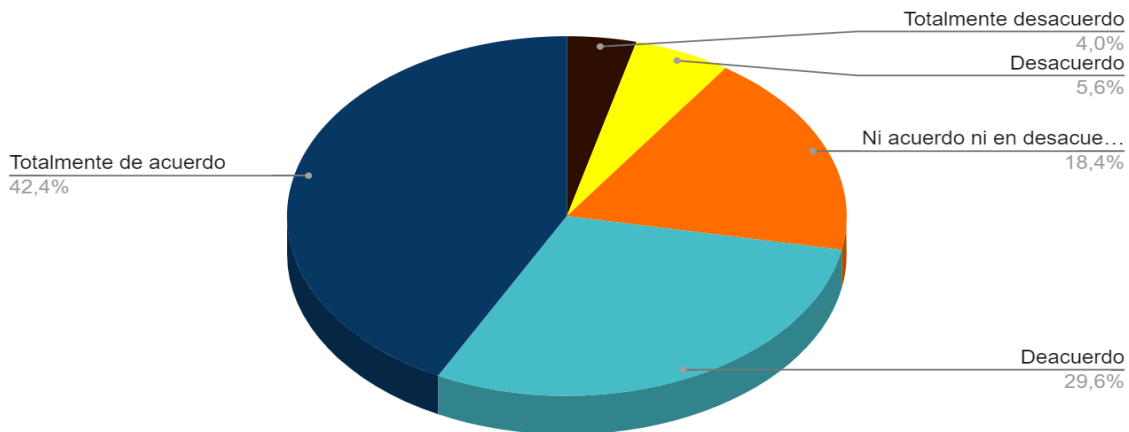


Figura 3. Apoyo de los funcionarios públicos de instaurar certificaciones éticas dirigidas a los proveedores que desean contratar con el Estado

Asimismo, este tipo de mecanismos se utilizan en otras latitudes e incluso se han incorporado como parte de los requisitos ordinarios para participar en contrataciones con el Estado. Ahora bien, dado que en nuestro país no se exige

contar con estas certificaciones y la certificación ISO 37001 sobre Sistemas de Gestión Antisoborno para contratar con el Estado, se recomienda pedirlo como un requisito deseable, reconocido con puntaje adicional en los procesos de licitación, para incentivar que poco a poco se vayan incorporando en la cultura de la empresa privada costarricense.

2.4 Clausulas antisoborno y actos de corrupción en los contratos públicos

En contratación administrativa se dice que el cartel es la ley específica de cada contrato: "El cartel tiene un carácter reglamentario y se desempeña como la ley del contrato respectivo, ya en él se establecen los derechos y deberes de los contratantes: el Estado y el particular" (Romero, 1999). De tal manera, que aun cuando existe una normativa a nivel nacional que sanciona actos de corrupción, se recomienda que las instituciones públicas incluyan cláusulas antisoborno, cláusulas que sancionen actos ilícitos e incluso conductas que puedan considerarse que vulneran los valores institucionales dentro de sus carteles.

Se pueden incluir sanciones monetarias, como multas y similares en los casos en que los empleados de las empresas contratistas incumplan con dichas cláusulas, luego del debido proceso en contra de la empresa, en casos en donde si bien las conductas no lleguen a ser catalogadas como delitos, resultan contrarias a los valores institucionales y la buena conducta que debe seguir un proveedor, y, por supuesto, mantener las sanciones que establece la legislación nacional para la comisión de ilícitos y delitos vinculados con actos de corrupción.

Estas cláusulas por violación a los principios éticos institucionales se deben derivar de la política de integridad que cada institución debe contar, que incluye la relación ética que debe tener con sus proveedores.

2.5 Contar con un único sistema de contratación electrónica

A nivel internacional se ha reconocido la utilidad de los sistemas *E-Procurement* (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), 2007), (Comité de Gobernanza Pública de la OCDE, 2016) para promover la eficiencia en las compras públicas, además de la transparencia y facilidad de acceso que brinda lo cual lo convierte en un medio ideal para la lucha contra la corrupción.

Costa Rica ha realizado esfuerzos en este sentido desde hace varios años; sin embargo, hasta la fecha no ha sido posible lograr que todo el sector público realice sus compras a través de un único sistema de contratación electrónica.

Inclusive con la aprobación de la Ley de Transparencia de las contrataciones administrativas Ley N° 9395 se incluyó la obligación de que toda compra pública se tramite por un sistema digital unificado para todo el país. Textualmente dice: *"Toda la actividad de contratación regulada en la presente ley, así como aquella que se regule bajo cualquier régimen especial, deberá realizarse por medio del Sistema digital unificado de compras públicas"* a la fecha ello aún no es una realidad.

Sin embargo, la citada ley no estableció cuál sería el sistema unificado de compras públicas que iba a imperar en el país; ya en el pasado han existido varios sistemas de *E-Procurement* operando al mismo tiempo. Por su parte, pese a que el Decreto Ejecutivo N° 38830 “Crea el sistema integrado de compras públicas como plataforma tecnológica de uso obligatorio de la Administración Central para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa” establece que el Sistema Integrado de Compras Públicas —SICOP— es el sistema obligatorio para la Administración Central carece del poder legal para abarcar a la totalidad del sector público, dado que únicamente aplica al Gobierno Central y deja por fuera a todo el sector descentralizado y el ámbito municipal.

Inclusive en el proyecto de Ley General de Contratación Administrativa que propone la CGR se habla de un sistema unificado de compras públicas, pero no se indica cuál sistema, sea reforzar la unión a SICOP, o bien, que en el futuro se llegue a crear algún otro, como ya ha sucedido antes.

El país debe decidir cuál sistema unificado utilizar y hacer su adhesión de carácter obligatorio; no obstante, para efectos de prevención de la corrupción, resulta esencial que se seleccione un único sistema electrónico con cobertura para todas las compras del sector público, a nivel nacional y local —se deben incluir a las municipalidades— y que permita dar un seguimiento público a todas las compras estatales. Esta iniciativa también tuvo el apoyo del 87,2% de los funcionarios consultados:

Costa Rica debe contar con un único sistema de contratación electrónica para todas las instituciones del sector público centralizado y descentralizado.

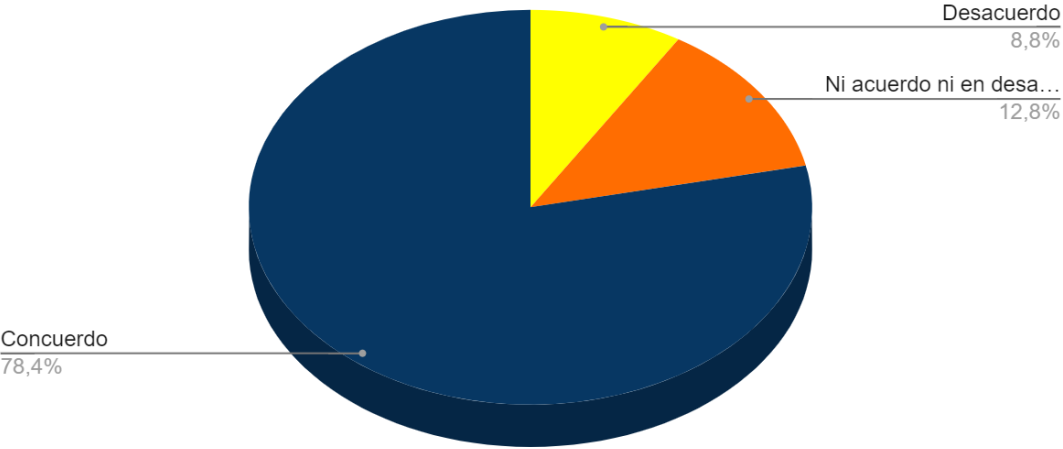


Figura 4. Apoyo de los funcionarios públicos a la propuesta de contar con un sistema unificado de compras públicas

Para ello es necesario determinar cuál será el sistema unificado de contratación electrónica que se utilizará para todas las compras públicas del país, y modificar la Ley de contratación administrativa o emitir una ley especial para obligar a todas las instituciones públicas a adherirse a ese único sistema, ordenando el cierre de otros sistemas de E-Procurement, e incluso de los sistemas particulares que aún hoy poseen las instituciones en su operación.

2.6 El sistema único de contratación electrónico debe ser accesible a pymes y promover la participación

Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) poseen una gran importancia para el desarrollo económico del país, razón por la cual han surgido múltiples iniciativas para permitirles contratar con el Estado; sin embargo, en la práctica se enfrentan a múltiples dificultades, entre ellas los complejos y técnicos sistemas de contratación electrónica.

En consecuencia, el país no solo debe contar con un sistema unificado de contratación electrónica, sino que éste debe ser accesible y amigable para que las PYMES puedan participar y resultar adjudicatarias de las contrataciones públicas, toda vez que en ocasiones estas empresas se abstienen de participar por la complejidad del sistema de contratación electrónico.

Además, debe permitir incluir y tramitar compras públicas con criterios de compras verdes, y otras categorías similares que se salen del sistema de compras tradicionales. Ello demanda flexibilizar el sistema de contratación electrónica y hacerlo amigable para los terceros, sean proveedores, usuarios e inclusive la propia administración, a quien en muchas ocasiones se le dificultan los procesos de contratación.

Sistemas rígidos que demoran las contrataciones, imponen trabas tanto para la Administración como para los proveedores, que aun cuando sean de consulta pública, impiden que la ciudadanía los comprenda, y carecen de la posibilidad de descargar información en formatos abiertos, lejos de fortalecer la lucha contra corrupción, la hacen posible.

2.7 Uniformar catálogo de productos de compras institucionales

El abanico de productos que adquiere el Estado es muy amplio, y ello dificulta su adquisición para la Administración y la posibilidad de ofrecerlos de parte de los proveedores. Además, permite importantes fluctuaciones de precio.

La ausencia de un sistema uniforme de códigos de productos limita el acceso de la información a la propia administración, que desconoce qué está comprando y menos aún garantiza que podrá obtener la mejor opción y el mejor precio; e igualmente permite el pago de sobrepagos de los bienes contratados.

Desde la perspectiva de la Administración, y para facilidad de los proveedores, es necesario uniformar el catálogo de productos que se adquieren a través del sistema único de compras públicas que debe tener el país para tramitar todas las adquisiciones pagadas con fondos públicos.

2.8 Datos abiertos y transparencia en materia de compras públicas

La transparencia en las compras públicas es la mejor herramienta para evitar actuaciones corruptas, brinda información a la ciudadanía y, pero también a otros proveedores y competidores, quienes al darle seguimiento al proceso de contratación se convierten en buenos fiscalizadores y se promueve la competencia en el mercado.

Los datos abiertos, que implica información accesible, pero que también se pueda descargar en formatos que faciliten su reutilización para hacer investigación por medio de mecanismos de inteligencia artificial, que brinde insumos para una mejor toma de decisiones, tanto para la Administración como para los proveedores, y a su vez prevenir actos de corrupción. Datos abiertos que se deben implementar dentro de los sistemas de contratación electrónica.

Desde todo punto de vista el incremento de datos abiertos en materia de compras públicas genera beneficios, lo cual fue respaldado por el 79,2% de los funcionarios consultados.

El incremento en los datos abiertos en materia de compras públicas puede disminuir la corrupción.

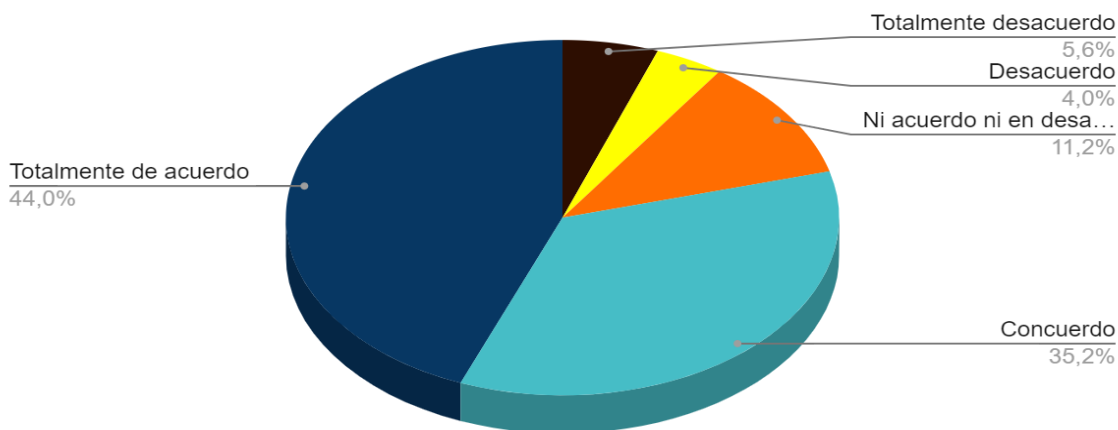


Figura 5. Apoyo de los funcionarios públicos al incremento de datos abiertos en materia de compras públicas

Se trata de poner a disposición de toda la colectividad los datos de las contrataciones administrativas, sin importar su modalidad y monto, poner los datos

en formatos abiertos, que puedan ser descargados fácilmente por cualquier persona y finalmente, transparentar todo el proceso de contratación administrativa.

2.9 Financiamiento para el observatorio de compras públicas

Contar con datos en formatos abiertos, si bien es necesario, no es suficiente para realizar una adecuada fiscalización de las compras públicas, sino que se requiere de un ente especializado, con suficiente conocimiento técnico como para poder analizar esos datos y extraer información, de allí que se propone la creación de un Observatorio de compras públicas.

El Centro de Investigación y Capacitación en Administración Pública —CICAP— tiene la iniciativa de formar un Observatorio de compras públicas para llevar a cabo esta importante labor; no obstante, carece de recursos financieros para darle sostenibilidad y cobertura al proyecto. Por ello se propone destinar un pequeño porcentaje de las compras públicas de mayor monto para financiar este Observatorio para que realice análisis de los datos de las compras públicas y brinde información, no solo a la Administración Pública, sino a los entes de control, a los proveedores y a la ciudadanía en general.

Tal como la iniciativa del CICAP, entidad que ha venido haciendo esfuerzos en esa materia, y que se trata de un órgano imparcial, con suficiente conocimiento técnico para poder realizar un análisis adecuado de estos datos y que comprenda los aspectos técnicos y legales de los procedimientos de contratación administrativa; y así mismo, se garantice su financiamiento.

Se debe tomar en consideración que muchos datos en materias de compras públicas se caracterizan por ser altamente técnicos, y aun cuando pueden estar disponibles para el ciudadano común, no siempre podrá comprenderlos, en cuyo caso se requiere de un ente técnico, que filtre esa información, la comprenda y la devuelva en datos comprensibles para la sociedad.

La experiencia de los países que integran la OCDE con este tipo de observatorios ha sido muy positiva, no solo para efectos de luchar contra la corrupción, sino también para mejorar la eficiencia de las compras públicas, incluso fue una recomendación expresa de este organismo para nuestro país.

2.10 Promover la sana competencia en el mercado entre empresas proveedoras del Estado

Un mercado competitivo que promueva la sana competencia entre empresas le garantiza al Estado que cuando invite a participar en un proceso de contratación administrativa recibirá las mejores ofertas, con los precios más competitivos y de mejor calidad. Caso contrario, en mercados poco competitivos, imperan las mismas empresas, quienes al dominar el mercado definen sus precios y no poseen incentivos para mejorar la calidad.

En consecuencia, un mecanismo indirecto de lucha contra la corrupción es, precisamente, tener un mercado competitivo que promueva la creación de empresas, que promueve una lucha por mejorar calidad y precios. Asimismo, contó con el apoyo de los funcionarios públicos consultados en un 92.8%.

Se debe promover la sana competencia entre empresas proveedoras del Estado.

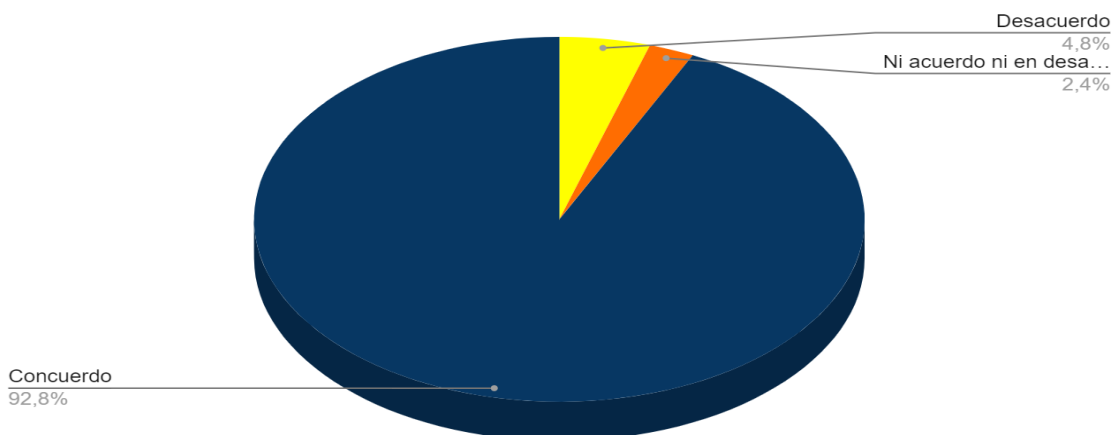


Figura 6. Apoyo de los funcionarios públicos a la propuesta de incentivar la competencia entre las empresas del sector privado

La promoción de la competencia requiere de muchas acciones, tales como promover e incentivar la economía nacional, atraer inversión extranjera y revisar la normativa actualmente vigente en tema de competencia, la cual posee varias debilidades.

Si bien, este texto no se aboca al estudio del régimen legal que regula la competencia en el país –razón por la cual no se entra en detalle– al estar vinculada con esta recomendación, se sugiere revisarla y reformarla, en procura de garantizar una protección efectiva para las empresas que se ven afectadas por prácticas anticompetitivas que inhiben la competencia, principalmente en aquellos sectores de donde el Estado demanda mayor cantidad de bienes y servicios.

2.11 Incluir a los usuarios en la definición de necesidades para elaborar plan de compras públicas

Para poder garantizar que los recursos destinados para compras públicas serán utilizados para satisfacer las necesidades de la ciudadanía, resulta indispensable incluir al ciudadano en la definición de necesidades y elaboración del plan de compras. Esta recomendación no solo aplica para luchar contra la corrupción, sino para mejorar la gestión pública en general, y lograr una cercanía entre la

administración y la ciudadanía, ejercer la participación ciudadana y, finalmente, legitimar el sistema democrático.

De tal manera que para efectos de promover la participación ciudadana y evitar situaciones de actos de corrupción, lo primero es consultarle a la ciudadanía sus necesidades y colaboración para definir el plan de compras. Incluir al ciudadano en la aprobación de presupuestos (presupuestos participativos), hacer audiencias públicas previo a la elaboración de planes de compras, y elaboración de carteles en contratos de obra pública u obras de impacto social con el fin de escuchar a la ciudadanía y tomar decisiones. Esta propuesta contó con el apoyo del 65.6% de los funcionarios públicos consultados.

Las instituciones públicas deben incluir a sus usuarios en la definición de las necesidades que determinan el plan de compras anual.

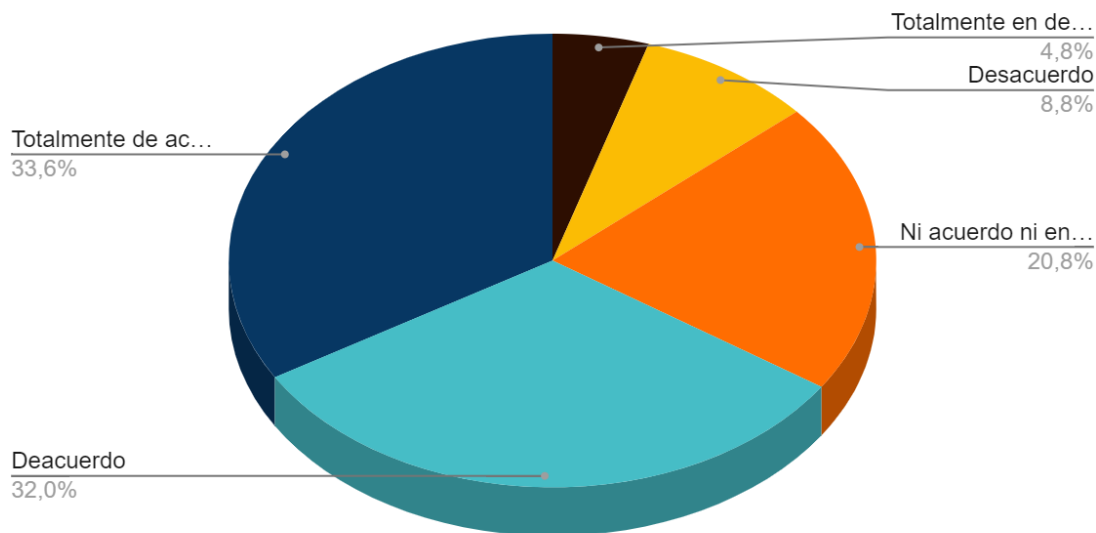


Figura 7. Apoyo de los funcionarios públicos a la propuesta de incluir al ciudadano en la definición del plan de compras públicas

El ciudadano es el soberano, por lo tanto, tiene derecho a que se le consulte en qué quiere que se inviertan los fondos públicos —que por su naturaleza son limitados— para que atender sus prioridades.

2.12 Incluir las auditorías ciudadanas como mecanismos de control en obras públicas

Las contrataciones administrativas cuentan con mecanismos de control oficiales, que pretenden verificar la calidad de las obras, incluso se contrata a una tercera

empresa para que haga dicho control. La inclusión de auditorías sociales no interfiere con esta modalidad, sino que más bien la complementa. Se trata de abrir un espacio para la participación ciudadana, quienes están interesados en que se lleven a cabo obras públicas de utilidad para la comunidad.

Se propone crear comisiones de particulares, con ciertos conocimientos técnicos, a quienes, luego de haberles dado información sobre el proyecto, los términos de la contratación, e inclusive, la formación en ética pública –que se podría dar la UNED junto con el Sistema Nacional de Ética y Valores– para que puedan de manera voluntaria supervisar la obra pública de la cual tienen interés.

Durante la ejecución de las obras, el grupo de ciudadanos que realiza la auditoría social presenta sus observaciones y resultados a la Administración activa, que lo recibe como un insumo, junto con los procedimientos formales de control en obras públicas que tradicionalmente se aplican.

Le brinda mayores herramientas a la Administración al momento de tomar decisiones, sobre el recibido conforme o no de las obras, que incluso, la ciudadanía puede hacer presión, por este medio, cuando consideren que las obras no se ejecutan con la calidad contratada y los mecanismos de control tradicionales hayan sido omisos o insuficientes.

La ciudadanía que demanda una obra pública, que incluso la requirió —en el supuesto de que se le consultará previamente a la elaboración del plan de compras — que se verá directamente beneficiada con ella, tiene un mayor interés en que la misma se ejecute con los niveles de calidad adecuados, de tal manera, que, las auditorías sociales en obras públicas pueden ser instrumentos aún más efectivos para controlar a los proveedores que los propios mecanismos tradicionales.

2.13 Transparentes los grupos de intereses económicos que contratan con el Estado

Los grupos de interés económico son una realidad en nuestro país, son una modalidad válida para hacer negocios para la empresa privada. Si bien, es una actividad legalmente permitida y no existe ningún impedimento en que empresas que forman parte de un mismo grupo de interés económico contraten con el Estado, sí es necesario que se transparente, con el fin de identificar posibles conflictos de interés y estrategias de las empresas para evitar sanciones.

De previo, se requiere únicamente que se declare y publique esa información. Cada Administración puede requerir a las empresas que participan en sus procesos de contratación que indiquen si pertenecen a un grupo de interés económico y cuáles son sus miembros y mantener esa información dentro de la información pública del proceso de contratación.

La publicidad de esa condición permitiría detectar situaciones de conflicto de interés, precisamente por la condición de grupo de interés económico, que comparten aspectos que no tendrían si fueran empresas separadas. Transparentar la información siempre será un buen mecanismo para evitar actuaciones irregulares, y si los particulares tienen sus registros apegados a derecho, no tendrán ningún inconveniente en brindar esa información.

Inicialmente se puede implementar requiriendo dicha información en cada contratación, sin embargo, para poder otorgarle un mayor respaldo sería necesario llegar a incluir esta obligación en la normativa de rango legal. No obstante, se reitera que se puede empezar a solicitar y transparentar esta información sin necesidad de esperar a que se apruebe una reforma legal.

Para ello se debe requerir a los oferentes en los procedimientos de contratación administrativa, informar si pertenecen a grupos de interés económico y cuáles son sus miembros además de mantener esa información como pública dentro de la documentación del proceso de contratación.

2.14 Declaración de conflictos de interés en cada contratación y se publique su declaración fiscal

En el procedimiento de contratación administrativa actual se requieren dos declaraciones, una declaración jurada de que la empresa contratista no se encuentra afecta al régimen de prohibiciones para contratar con el Estado, que incluso se propone se rinda ante notario público, y la obligación de estar al día con el pago de los impuestos. (ver anexo 3)

Si bien la declaración jurada de no estar afecto a alguna causal de prohibición es importante para prevenir actos de corrupción, la misma resulta insuficiente, toda vez que deja por fuera los eventuales conflictos de interés. Por esta razón, resulta necesario que, al igual que se debe rendir una declaración jurada de prohibiciones ante notario público, la cual debe ser actualizada cuando la situación cambie, se requiere que las empresas interesadas en contratar con el Estado brinden una declaración de conflictos de interés con el fin de que las administraciones, en su labor de supervisión, puedan constatar que no existen conflictos de interés contrarios a los fines públicos.

Cuando se presenten situaciones que cambian los intereses de las empresas contratistas, éstas están obligadas a actualizar la información. Transparentar los grupos de interés económico y los conflictos de interés daría más herramientas para constatar que efectivamente una empresa no se encuentra afecta a ninguna prohibición, o situación que sea contraria a los intereses públicos.

Por otra parte, es requisito indispensable estar al día con el pago de los impuestos para poder contratar con el Estado, razón por lo cual se recomienda hacer pública la declaración de impuesto sobre la renta para aquellas empresas que desean contratar con el Estado, únicamente para el año en que se encuentra vigente la

contratación, con el fin dar mayor transparencia y ejercer un mejor control ciudadano tanto sobre la administración como sobre los contratistas que reciben fondos públicos.

Se requiere la declaración de conflictos de interés para aquellas empresas que participen en procesos de contratación públicas, solicitar la declaración anual del impuesto sobre la renta y mantener ambas declaraciones dentro de los documentos públicos del proceso de contratación.

Conclusiones

La gestión de los contratos públicos es compleja y uno de los ejes que requiere atención, es precisamente, evitar que se materialicen actos de corrupción con los fondos públicos destinados para dichos contratos, en perjuicio de los servicios públicos que se verían beneficiados con dicha contratación y por supuesto, del ciudadano.

De allí la necesidad de implementar mecanismos modernos para prevenir la corrupción, más allá de los tradicionales punitivos, de los cuales carece nuestro ordenamiento jurídico, así como reforzar las herramientas que ya se tienen, tales como los enlistados y desarrollados en este texto.

La temática es amplia y aún quedan muchos mecanismos por estudiar a profundidad. En este texto se enlistaron aquellos que se consideran más urgentes y que vienen a llenar vacíos existen en nuestro régimen jurídico; no obstante, el tema está abierto a una mayor investigación en el futuro a fin de ir perfeccionando este sistema.

Referencias

- Asamblea Legislativa. (2018) *Ley de Transparencia de las contrataciones administrativas, Ley N° 9395*. Sistema Nacional de Legislación Vigente.
- Asamblea Legislativa. (1995) *Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494*. Sistema Nacional de Legislación Vigente.
- Comité de Gobernanza Pública de la OCDE. (2016). *Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*. París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD).
- Centro Latinoamericano de administración para el Desarrollo (CLAD). (2018) *Carta Iberoamericana de Ética e Integridad de la Función Pública*. Antigua: Guatemala.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2007). *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. Santiago, Chile
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2003). *Recommendation of the council on guidelines for managing conflict of interest in the public service*. París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).