

MÁSTER UNIVERSITARIO EN GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN
EUROPA Y AMÉRICA LATINA. ANÁLISIS ESPECIAL DEL
CASO PERUANO.**

Alumno: Erika Yvonne Guevara Pino

Director/Tutor: Dr. Ricardo Rivero Ortega

Curso: 2013-2014

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
1.2 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	9
1.3 RELEVANCIA DEL TRABAJO.....	12
1.4 PREGUNTAS E HIPÓTESIS.....	14
1.5 OBJETIVOS.....	16
1.6 METODOLOGÍA DEL TRABAJO.....	17
1.7 ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	27
2. MARCO TEÓRICO.....	32
2.2. CONCEPTO DE GOBERNANZA Y POLÍTICAS PÚBLICAS.....	33
2.2.1. CONCEPTO DE GOBERNANZA.....	33
2.2.2. CONCEPTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	36
2.3. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.....	41
2.4. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN PÚBLICA	43
2.5. CONCEPTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	45
2.5.1. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	46
2.6. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	50
3. CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA	52
3.1. ORGANISMOS INTERNACIONALES DEDICADOS A VELAR POR LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	53
3.2. LA EXPERIENCIA DE ESPAÑA.....	57
3.3. LA EXPERIENCIA DE CHILE.....	90
4. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERÚ. ANÁLISIS DEL CASO.....	105
4.1. DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA.....	106

4.2. ELEMENTOS DE ANÁLISIS.....	117
4.3. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	122
4.3.1. CONTEXTO GENERAL DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	122
4.3.1.1. LA LEY N° 26850 -LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (1998).....	123
4.3.1.2. EVOLUCIÓN GENERAL DE LA NORMATIVA ENTRE 1999-1997.....	133
4.3.1.3. EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1017 -LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (2008).....	134
4.3.1.4. EVOLUCIÓN GENERAL DE LA NORMATIVA ENTRE 2009-2013.....	142
5. CONCLUSIONES.....	147
6. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN A FUTURO.....	151
7. BIBLIOGRAFÍA.....	153
8. REFERENCIAS EN INTERNET.....	160

1. INTRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de fin de Máster tiene como *objeto de estudio* describir y analizar la "relación entre contratación pública¹ (en adelante CP) y corrupción". El alcance analítico de esta relación será aproximativo, a partir de este alcance se buscará situar metodológicamente una mirada "comparativa" en la que predominará la perspectiva jurídica, pero intentará incorporar algunos aspectos del campo de las políticas públicas (public policy). El interés por explorar la relación entre CP y corrupción desde la problematización de las políticas (policy) se debe a una inquietud por explorar aquellos puntos de contacto de las policy con lo legal-normativo e intentar situar esta problemática como un problema público.

Ahora bien para ir delimitando conceptualmente el objeto de estudio, se usará el concepto de corrupción² aplicado a la CP, así tenemos que se puede definir la corrupción pública en la CP: "cuando el interés personal de quien toma decisiones en el ámbito público sustituye la objetividad en el ejercicio del poder, con el fin de lucrarse personalmente o enriquecer a una organización, ora una empresa privada, ora un partido político, afín al sujeto que se aprovecha de su posición" (Rivero Ortega: 2004, pág. 111). Por otro lado, se entiende por CP³ como "los encargos realizados por la Administración a los particulares en el marco de la prestación de servicios públicos de todo tipo, consistentes en la ejecución de obras, servicios o suministros por un precio pagado por el estado"(Rivero Ortega: 2004, pág. 109). Por último, para Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C., y Varone, F. (2012:115-125): las políticas públicas son conceptualizadas como el resultado de la interacción entre múltiples actores e instituciones que se expresan durante el ciclo o etapas⁴ de las políticas.

¹ Se usará como sinónimo contratación pública (CP) y contratación estatal (CE).

² Por corrupción pública en términos generales se entiende: "como aquellas prácticas irregulares de obtención de alguna ventaja económica para quien toma la decisión (o para otro sujeto vinculado a él) a costa del interés público y de la eficiencia administrativa" (Rivero Ortega: 2006, pág. 62).

³ Para completar esta definición se considera la propuesta de García de Enterría y Fernández T.: "el acuerdo de voluntades suscrito entre la Administración Pública y un particular" (2006: págs. 692).

⁴ Subirats (et al: 2012) en Análisis y Gestión de Políticas Públicas subrayan las ventajas de trabajar el análisis de las políticas desde el enfoque de los ciclos de las políticas públicas. Para ello, aportan un molde de análisis en el que identifican seis fases: 1) Definición política de problema público; 2) Programa de actuación político-administrativo;

Para efectos de delimitar el objeto de estudio en términos temporales se propone el período de 1995 - 2013, y se partirá de un criterio general centrado en la evolución y compilación normativa de la CP. ¿Por qué se propone este periodo? por tres razones: 1) para establecer un esquema de análisis que permita identificar un antes y un después sobre los factores políticos e institucionales (nacionales e internacionales) que influyeron en la evolución y compilación normativa de la CP; 2) para tratar de establecer la posible causalidad del problema de la corrupción en la perspectiva del antes y del después; y, 3) para situar la respuesta que dio el Estado en Perú al problema de la corrupción en la CP en el ámbito de la descentralización político-administrativa y territorial, y de la nueva gestión pública. En cuanto al factor espacialidad, éste se plantea en dos escalas relacionales: a) corrupción y CP en Perú como caso específico; y, b) comparativamente un marco de referencia sobre los casos de Chile (América Latina) y España (Europa).

Ahora bien ¿por qué escogí realizar el estudio comparativo de los países Chile, España y Perú? En Perú porque me vengo desempeñando en la administración pública como especialista en el ámbito de las contrataciones del Estado, lo cual me ha permitido observar de cerca, por un lado, la trayectoria y evolución del marco normativo de CP, y por otro lado, observar la problemática generada por el fenómeno de la corrupción. En el caso de Chile por el hecho que su marco normativo de CP inspiró la normativa vigente en Perú de tal forma que la replicó y transfirió a su modelo normativo, es preciso señalar que Chile es uno de los países en Latinoamérica que presenta los índices más bajos de corrupción pública⁵. En cuanto a España, porque la construcción histórica de su normativa en materia de CP ha tenido influencia en América Latina en distintos momentos destacando sus instituciones administrativas y porque es el país en el cual realizo mis estudios de maestría en Gobierno y Administración Pública.

En lo que respecta a la estructura del trabajo, se subdivide en cuatro puntos, siendo el primer punto el introductorio, en el cual se describe el planteamiento del

3) Acuerdo político-administrativo; 4) Planes de acción; 5) Actos formales de implementación; y, 6) Enunciados evaluativos de los impactos y solución de los problemas.

⁵ Chile y Uruguay son los dos países en toda la región que muestran los más bajos índices de corrupción pública.

problema de esta investigación, la delimitación del objeto de estudio, la relevancia del trabajo, la especificación de las preguntas, hipótesis y objetivos que guiarán nuestro análisis, la explicación de la metodología utilizada y el estado de la cuestión.

En el segundo punto, se desarrolló el marco teórico, el cual se expusieron los conceptos básicos recurridos para enfocar teóricamente nuestro estudio.

El tercer punto se enfocó al análisis relacional entre corrupción y CP desde la experiencia Europea tomando como referente a España y en el caso de América Latina la experiencia de Chile. El análisis puso el acento en la normativa de CP en tanto producto y contexto de políticas públicas.

El cuarto punto, se dedicó a explorar la posible relación entre corrupción y CP, a la luz de la evolución de la normativa para el caso de Perú, cuya configuración ha inspirado la presente investigación. Además de delimitar el desarrollo de la problemática general que se planteó, permitió establecer los elementos centrales para el análisis.

Finalmente, se culminó el presente trabajo con las conclusiones a las que se arribó luego del desarrollo y análisis de cada uno de los cuatro puntos antes detallados y la definición de líneas de investigación a futuro sobre el tema objeto del presente trabajo.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las últimas tres décadas la reforma del Estado en América Latina, y en particular en Perú tuvieron entre otros objetivos “Modernizar la Administración Pública” (Joan Prats: 1998). Una de las áreas de la administración pública que resultó crucial en dichas reformas fue la de Contratación Pública (Rivero Ortega: 2004), pero también por su carácter sistémico la corrupción constituyó uno de los temas prioritarios en dichas reformas (Villoría, Manuel: 2008). A partir de entonces, la confluencia entre CP y corrupción representan un problema crítico no sólo por la bolsa de recursos económicos que genera, la manipulación de procedimientos, la distorsión de las leyes, el favoritismo u otras prácticas nocivas sino también por su impacto negativo en la legitimidad, eficiencia y transparencia de los gobiernos. Puesto así el problema, habría que contextualizar, que su abordaje como problema público no ha sido el más certero. Habría que decir, que la manera en que se formula el problema de la corrupción en la CP obedece al propio clima conceptual de las reformas, El enfoque analítico que siguieron dichas reformas en la región fue el de la Nueva Gestión Pública (en adelante NGP), en esa coyuntura el diagnóstico relacionaba el tema de la ineficiencia e ineficacia en el sector público como el de la corrupción con el sobredimensionamiento del aparato público (Bresser, Luiz C.: 1998). Perú no fue la excepción en esta perspectiva. Dicho enfoque partía de dar un mayor énfasis a los temas tecnocráticos por sobre las cuestiones políticas (Ramió, Carles y Salvador, Miquel: 2005). Con esta orientación las reformas en los 80s e inicios de los 90s impulsaron reestructurar el funcionamiento de la administración pública en base a la eficiencia y eficacia en cuanto a los procedimientos y toma de decisiones, a la racionalización de los recursos económicos y a la creación de un Servicio Profesional y/o Civil de Carrera.

Esta visión de la cosas lleva a Carles de Ramió a sugerir que tal visión de las reformas fue errónea, en virtud de que se reformó al Estado y en consecuencia a la administración desde el cómo y no desde el qué, es decir no se definió o discutió previamente que tipo de Estado o administración se requería reconstruir y qué tipo de capacidades le eran acorde, sino que se reformó mediante la instrumentalización del

cómo, es decir mediante los principios y valores de la gestión pública. Digamos que para atajar a los problemas de ineficiencia y corrupción en la contratación estatal la NGP era el mecanismo de solución. A partir de entonces hubo por parte de los organismos multilaterales (PNUD, OCDE, BM, FMI, BID, CEPAL) el impulso de criterios desde dos encuadres que bajo la modalidad de "buenas prácticas, estándares orientadores o transferencia de políticas" permitirían construir las estrategias para combatir la corrupción. El primer encuadre aludía como ya señalamos a cuestiones de gestión, el segundo incorporaría los tópicos de redes e interacciones, es decir de gobernanza.

1.2 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Un área crítica que cobró relevancia en las últimas décadas respecto de la corrupción en la administración pública se identificó con la CP. La importancia de la CP según la OCDE y el Banco Mundial estriba en que esta actividad implica sumas de dinero que oscilan entre el 15 y 20% del Producto Interno Bruto en todo el mundo⁶. Este nivel de recursos económicos hace comprensible que la CE sea según Claro, J. y Passas, N. "identificada como una de las áreas de la economía más propensa a la corrupción afectando tanto a la eficiencia del gasto público como la eficacia de los recursos provenientes de donantes (...) afecta la calidad de los servicios y las oportunidades que éstos representan para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Además, la corrupción en la CP perjudica a las empresas en la medida que aumenta sus costos de operación y reduce la competitividad" (Ob. cit: 2013, pág. 4). En contra parte, cuantificar la magnitud de la corrupción en la CP resulta un problema por la gama de actos de corrupción que van desde sobornos hasta precios inflados. Este ha sido y seguirá siendo la más importante justificación para incorporar este ámbito crítico en las reformas de la administración pública y de combate a la corrupción.

⁶ Claro Jorge y Passas Nikos. (2013). "Documento de discusión sobre los efectos de la agenda anticorrupción en la contratación pública". BID/FLACSO. Ver: <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2014/03/Informe-final-Anticorrupcion-y-compras-p%C3%BAblicas.pdf>.

De aquí la justificación de situar el carácter estratégico que representa la CP en el diseño de la política económica y la instrumentalización de la misma en el desarrollo de los países, por ejemplo, en sectores como el crecimiento económico, el desarrollo industrial e infraestructura. Ello permite superar la visión de la CP como una *actividad* limitada sólo a la provisión de suministros materiales para el sector público. Rivero Ortega coloca en su justa dimensión a la CP en tanto variable que influye en la factibilidad de las políticas públicas de crecimiento y bienestar: "Cuando el Estado decide cómo, qué y a quién compra, está incidiendo de manera muy intensa sobre el desarrollo de los mercados, las prácticas mercantiles y el avance tecnológico" (2012: pág103). "El recurso a la contratación pública como herramienta estratégica para alcanzar objetivos de políticas públicas también se enfatiza: incorporando previsiones de cálculo del ciclo de vida de los productos" (Ibídem: pág. 122). Digamos que la CP es un instrumento para garantizar el régimen de acumulación de capital el mismo que impacta en el diseño y desarrollo de la administración pública

Desde esta óptica Rivero Ortega aporta mirar a la CP como una herramienta que da factibilidad a los objetivos de múltiples políticas; en esa dimensión nuestro objeto de estudio encuentra su justa dimensión. La perspectiva de Rivero nos ha servido de pretexto para tratar de explorar y problematizar en este trabajo a la *CP como una herramienta de la política pública* en aproximación con el análisis del marco jurídico a nivel comparado teniendo en cuenta la relación entre corrupción y el régimen de regulación de la CP. En síntesis digamos la CP juega un rol instrumental al constituirse en una herramienta que por su nivel de importancia y trascendencia resulta transversal a diversas políticas públicas.

Bien pues, recapitulando en este intento de delimitar el objeto de estudio, tenemos que más allá del enfoque imperante de la *gestión* que han seguido las reformas del sector público, con su énfasis tecnocrático como factor clave para hacer frente a la corrupción en tanto fenómeno multidimensional, la realidad en la región sigue siendo analizar los problemas de CP y corrupción desde una fuerte tradición jurídica, debido entre otras razones, por el déficit institucional y la disfuncionalidad o anomia en lo

relativo al estado de derecho. De ahí que la trayectoria de las reformas tanto en América Latina como en Perú siguió una perspectiva jurídica sobre tres ámbitos relevantes que no caminaron necesariamente al mismo ritmo: a) nuevos marcos regulatorios; b) un nuevo derecho de la administración pública; y, c) órganos reguladores, instituciones y nueva institucionalidad. El peso normativo en estas tres esferas pronto enfrentó limitaciones frente a factores como el cultural, el socioeconómico, el idiosincrático, el institucional (no normativo), el organizacional y la política. A todo ello, a mediados de los 90s la NGP es duramente cuestionada porque los índices de corrupción no se ven reducidos, por el contrario se experimenta un incremento y se observan nuevas modalidades de corrupción.

En este sentido la paradoja en la que confluyó la visión jurídica y la NGP en Perú, radica en que en ámbitos como en el de CP, en el cual se logró uno de los avances más significativos en cuanto a estructurar un "marco normativo o una codificación de avanzada para la CP" acorde a los criterios y prácticas internacionales (incluso que junto con Chile y Brasil son los tres países que cuentan con normativa de avanzada en la región) no obstante ello, la corrupción en la CP sigue siendo un problema en aumento y se diversifica tal y como se aprecia de los resultados de la Encuesta Nacional "Lucha contra la Corrupción desde el Sector Privado"⁷.

Cabe destacar que, a excepción de la encuesta nacional antes referida no se han realizado otras encuestas o estudios dirigidos a la medición del nivel de corrupción en el caso específico de la CP, motivo por el cual resulta relevante recurrir en nuestro estudio a otras fuentes de información como son las mediciones del índice de percepción de la corrupción y del barómetro global de corrupción en el sector público (en general) elaborados tanto por entidades externas e internas como son Transparencia Internacional, Ipsos Public Affairs y el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) de Perú.

⁷ Elaborada en abril de 2013, por Ipsos Public Affairs por encargo de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción y el Banco Mundial.

1.3 RELEVANCIA DEL TRABAJO

La estructura y el funcionamiento de las administraciones públicas a pesar de sus constantes crisis de legitimidad y de ser señaladas por los ciudadanos como espacios propicios para todo tipo de corrupción, representan una pieza clave para el impulso de cambios vitales hacia mejores condiciones de vida y de redistribución de la riqueza social para la ciudadanía. En especial las compras públicas son una de las piedras fundamentales del financiamiento al desarrollo. Según el Banco Mundial (citado por León, C.: 2013) las compras públicas representan más del 17 por ciento del PIB mundial y en algunos países en desarrollo pueden llegar a significar más de 70 por ciento del gasto público. Por su parte EURODAD (European Network on Debt and Development) estima que anualmente se gastan US\$ 69 mil millones en la compra de bienes y servicios, tanto a través de países donantes como de países receptores, lo que representa más del 50 por ciento del total de la ayuda. Las prácticas de compras orientadas al desarrollo equitativo y sostenible son clave para garantizar que los recursos destinados al desarrollo tengan el mayor y mejor impacto⁸.

Como se observa el volumen de recursos asignados a las compras públicas colocan al Estado como un actor central en el impulso económico y el desarrollo social, constituyéndose por ende en el mayor comprador de bienes, servicios y de ejecución de obras cuya obtención redundará en beneficio de la ciudadanía y de la sociedad en su conjunto. En ese sentido, la CP es el medio a través del cual la administración pública (sector público) se relaciona contractualmente con la ciudadanía (sector privado) y por tanto merece una atención prioritaria pues no solo trae como efecto inmediato el uso eficaz, eficiente y pertinente de los recursos públicos en favor de la sociedad. De forma destacada como efecto mediato de la CP se *crea valor público en las instituciones y se fortalece y amplía la legitimidad de las administraciones públicas*.

⁸ León, C. (2013): "El Banco Mundial viene revisando sus políticas operacionales y procedimientos de compras públicas". Ver:<http://blog.pucp.edu.pe/item/172512/el-banco-mundial-viene-revisando-sus-politicas-operacionales-y-procedimientos-de-compras-publicas>.

Del Reporte de Contrataciones Públicas 2013 (Resultados Preliminares)⁹, elaborado por la Oficina de Estudios Económicos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se observa que el Estado Peruano ha realizado contrataciones por S/. 36 205.5 millones de Nuevos Soles en la compra de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras.

Es en este contexto que, el fenómeno de la corrupción no conoce barreras temporales ni espaciales, se viene configurando reiteradamente a pesar del transcurso del tiempo en la sociedad afectando a la gestión del Estado y generando dudas sobre la legitimidad y transparencia de los poderes públicos. Asimismo, sus efectos son apreciables tanto en países desarrollados como en países en vías de desarrollo, por cuanto la corrupción no permite un adecuado desarrollo económico y social, acompañado de un crecimiento ético moral; pues trae como consecuencia la destrucción de la confianza de los ciudadanos, acentúa las diferencias sociales al fomentar la informalidad, incrementa la pobreza, trastoca la institucionalidad y afecta al sistema democrático.

Por lo que, el estudio de la corrupción en la CE y su relación con la administración pública y las políticas públicas, resulta de especial relevancia ya que recurrir únicamente a la legalidad expresada en modelos normativos cuyo diseño se esfuerza en regular formalmente todos los aspectos de la CP y que es característico del modelo burocrático tradicional, no resulta suficiente pues se hace imprescindible además recurrir al apoyo y fortalecimiento de las reglas institucionales de la administración pública, a la comprensión de las interacciones e intereses que hay en juego en las políticas y analizarlas en el contexto de la política implementada por el Estado para la prevención, erradicación y la lucha contra la corrupción en la CP.

⁹ Ver portal del OSCE en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/estadisticas>

1.4 PREGUNTAS E HIPÓTESIS

PREGUNTAS

- a) ¿Por qué el marco normativo de la CP aún cuando incorpora las mejores prácticas y estándares internacionales de buena gobernanza, produce impactos de baja efectividad para prevenir, combatir y erradicar el fenómeno de la corrupción?
- b) ¿Qué relación causal existe entre corrupción y el modelo de gobernanza de CP?
- c) ¿Por qué el marco normativo en Perú en materia de CP no produce los impactos de buena gobernanza para prevenir, combatir y erradicar el fenómeno de la corrupción en esta actividad de la administración pública?

HIPÓTESIS

Hipótesis 1: La baja¹⁰ efectividad del marco normativo de la CP aún cuando incorpora los estándares internacionales de buena gobernanza para prevenir, combatir y erradicar el fenómeno de la corrupción es consecuencia de la falta de regularidad institucional y de las deficiencias estructurales del Estado de derecho.

El área de política pública de la CE es caracterizada por los problemas de falta de regularidad institucional y debilidad del Estado de derecho.

Por lo tanto, en esta hipótesis la variable dependiente (VD) es la "baja efectividad del marco normativo de la CP" y la variable independiente o explicativa (VI) es la "falta de regularidad institucional y de las deficiencias estructurales del Estado de derecho". Asimismo se puede desprender una variable interviniente (VINT) que es "los estándares internacionales de buena gobernanza".

Hipótesis 2: No es posible establecer una relación causal entre la corrupción y el modelo de gobernanza de la CP. Siguiendo a Luis Aguilar, las condiciones óptimas de implementación del marco normativo de la CP (o su estudio de factibilidad previo) no

¹⁰ Este razonamiento obedece a una escala que busca identificar tres niveles de medición que son: alto, medio y bajo.

se encuentran determinados de manera causal por los principios y valores de la buena gobernanza, éstos solo contribuyen a crear ciertas condiciones que no necesariamente producen el impacto previsto en la normatividad y en las políticas.

Sustentamos esta segunda hipótesis, con el siguiente argumento textual:

"El concepto de *Buena Gobernanza* requiere precisiones cuidadosas, particularmente si se le otorga únicamente una denotación valorativa o si se afirma que los principios o estándares valorativos que todo proceso de gobernar está obligado absolutamente a incorporar tienen como consecuencia no solo la calidad institucional del gobierno sino su eficacia social empírica. No es así. Se puede utilizar correctamente la expresión "Buena Gobernanza" cuando se hace referencia a los valores democráticos que un gobierno debe incorporar en todas y cada una de sus acciones y decisiones, pero la expresión no es aplicable ni correcta en el terreno de la eficacia, pues difícilmente se puede determinar con precisión cuáles son los atributos que una acción debe poseer para estar en condiciones de ser efectivamente la causa de las situaciones sociales que se desean realizar. En numerosos campos de acción pública no tenemos causalidad probada, por lo que existen y se discuten varias opciones que se presentan como idóneas para realizar los efectos deseados. Dicho de otra manera, la expresión Buena Gobernanza es aceptable solo a condición de que se entienda específicamente que se trata de un proceso directivo que por sus normas, procedimientos y controles, genera condiciones que favorecen *la eficacia* de las acciones decididas o hace más probable su eficacia (el marco legal no prohíbe acciones causalmente probadas) y no solo un proceso que se caracteriza por su respeto a los valores, leyes y principios democráticos. Es de señalar que la buena gobernanza no puede denotar eficacia y menos hacer creer que asegura la eficacia, puesto que la eficacia es una cualidad empírica de la acción, que refiere a la causalidad, a su capacidad de producir los efectos públicos deseados, la cual remite a su vez al saber científico tecnológico, a modelos causales y a dispositivos tecnológicos probados. Las normas institucionales no son normas causales, aunque suelen crear las condiciones para que las decisiones incorporen normas causales. En suma el buen proceso de gobernar, que es una acción de dirección, performativa, capaz de efectuar los efectos sociales deseados, incluye actos empíricos y no solo valorativos, causales y no solo institucionales". (Aguilar, L.: 2013, pág. 112).

Hipótesis 3: Las condiciones institucionales y de Estado de derecho en Perú no son las adecuadas para que la Administración Pública interiorice y aplique con regularidad los principios y valores de la buena gobernanza en la implementación del marco normativo

de la CP en tanto este marco normativo funciona como una herramienta de las políticas públicas de Estado.

En esta hipótesis la variable dependiente (VD) es "la interiorización y aplicación con regularidad de los principios y valores de la buena gobernanza en la implementación del marco normativo de la CP " y la variable independiente o explicativa (VI) se encuentra dada por "las condiciones institucionales y del Estado de derecho en Perú". La variable interviniente (VINT) estaría identificada con el "estado de la cuestión"¹¹ de la Administración Pública peruana".

1.5 OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Describir, analizar y explicar a nivel comparado, la efectividad del marco normativo en las políticas públicas contra la corrupción en la CP en Europa (España) y América Latina (Chile) y su relevancia en el ámbito de la administración pública del Estado Peruano.

OBJETIVO ESPECÍFICO

1. Describir la evolución de los marcos normativos en la CP en los países objeto de estudio y su relación con la corrupción.
2. Analizar los factores más relevantes para lograr la efectividad de los marcos normativos.
3. Explicar las posibles relaciones causales que propician que los marcos normativos de la CP sean susceptibles de prácticas de corrupción.

¹¹ Con esto se quiere señalar en qué momento de su reforma se encuentra la Administración Pública ya que como sugieren Ramió, C. y Salvador, M. (Ob. Cit., págs. 70-71) el debate sobre la administración pública en América Latina se ha dado en clave de la Nueva Gestión Pública, la repercusión de ello es que incluso la forma de Estado ha sido definida a partir de los instrumentos de gestión de la NGP. Por ello es relevante situar el estado de la cuestión de las reformas de la administración pública para poder identificar si se mantiene el mismo enfoque en la reforma administrativa.

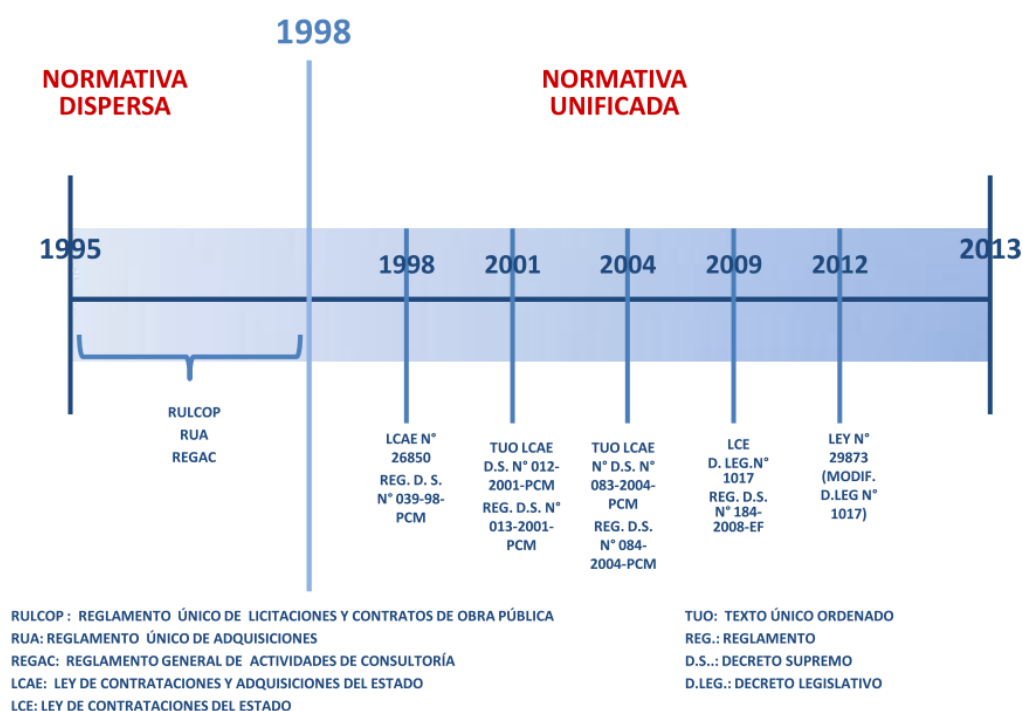
1.6 METODOLOGÍA DEL TRABAJO

Siguiendo a Eva Anduiza (et al: 1999) este trabajo se ha basado en un *tipo de investigación* analítico-descriptiva y descriptiva-explicativa, la cual atendió a las interrogantes *qué*, en cuanto a la materia objeto de estudio: relación entre CP y corrupción; *cómo*, en lo relativo a la evolución del marco normativo de la contratación estatal; y, *por qué*, en lo referente a los desencadenantes de la corrupción en la CP. Metodológicamente siguió un *método comparado* sobre el marco normativo de la CP, el análisis comparado relacionó dos elementos que se desprenden de las propuestas de estudio de Della Porta y Jordana: 1) variables; y, 2) factores de gobernanza de las políticas (área o sector de políticas). Aún cuando cada uno de ellos en sí mismo representa una opción metodológica, nos pareció que su vertebración podría ayudarnos a verificar las hipótesis formuladas. Esta articulación para su operatividad la hemos llamado "matriz articuladora" cuya tarea será ayudarnos a identificar los puntos de contacto y de relación entre ellos.

El respaldo de este proceder metodológico se fundamentó en: a) Della Porta, D. y Keating, M. (2013: págs. 211 - 236) que identifican dos tendencias en los estudios comparados: 1) comparar poniendo de relieve las *variables*; 2) comparar basado en el estudio de *casos*. En el primer caso, se pretende establecer relaciones generales entre variables, y en el segundo, se aspira a comprender unidades complejas; y b) Jordana, J. y Levi-Faur, D. (2005: pág. 6) quienes sostienen que en términos comparativos para estudiar las políticas el enfoque tendría que ser por países y por sectores de políticas. Teniendo establecida la matriz articuladora, se fijó el elemento temporal desde una perspectiva sincrónica la cual comprendió el período 1995-2013. Este período corresponde para el caso peruano, y a su vez, lo utilizamos como marco temporal tanto para Chile como para España. Esta periodicidad para su comprensión se esquematizó identificando un punto de inflexión que se ubica en el año 1998, con la entrada en vigencia de la codificación en un solo cuerpo normativo de toda la materia referente a la CP. A partir de este punto de inflexión establecimos un antes y un después con relación

a identificar aquellas mediciones que en su caso focalizarán los niveles y tipos de corrupción en la CE. El esquema 1 nos ayuda a comprender esta idea.

ESQUEMA 1



Fuente : Elaboración propia

Ahora bien, una vez planteada la matriz articuladora procedimos a su esquematización general para luego pasar a la matriz específica que nos permitió desarrollar el análisis comparado. En el siguiente cuadro se muestra la matriz general para el análisis comparativo, es de aclarar que en ésta no se establece ninguna correlación, solo se indican los elementos que la componen y se interpretaría que entre ellos pueden existir múltiples relaciones:

CUADRO 1

Elementos clave en la CP (Variables)	Factores de gobernanza de las políticas
1. Principios	1. Capacidad directiva
2. Procedimientos de selección	2. Eficacia
3. Recursos de impugnación a las adjudicaciones	3. Eficiencia
4. Responsabilidad de los funcionarios y/o servidores públicos	4. Servicio civil de Carrera (o profesionalización de la función pública)
	5. Ética y moral
	6. Transparencia
	7. Rendición de cuentas

En cuanto a las variables que hemos denominado "elementos clave en la contratación pública", se tomaron de los criterios que propone Rivero Ortega (Ob. Cit.:2004, 116-122) para analizar la relación entre corrupción y CP, ya que nos parecen criterios pertinentes por ser utilizados en estudios comparados. Por su parte, hemos llamado *factores de gobernanza de las políticas* a las propuestas que han hecho en el ámbito de la política pública y de la gobernanza Luis Aguilar y Joan Subirats (et al) los cuales además de considerar una importante cantidad de enfoques teóricos han también considerado las posturas de los organismos multilaterales. Ahora bien, Rivero seleccionó estos elementos clave para comparar la respuestas europea y latinoamericana con relación a la corrupción en la CP, de ahí que al identificar estos elementos cobran una relevancia para las investigaciones comparativas porque resultan puntos de partida que son comunes para cualquier marco normativo de CP. En lo respectivo a los factores de buena gobernanza, partimos para poder hacer operacionable estos factores, de observar al marco normativo de la contratación estatal, en tanto herramienta de las políticas.

Para poder tener una perspectiva general de los tres países en comparación respecto de los elementos clave en la contratación, el cuadro 2 nos sirve para hacer una comparación entre ellos.

CUADRO 2 (SIGUIENTE HOJA)

Elementos clave en la contratación pública	Perú	Chile	España
Principios	<ul style="list-style-type: none"> • Libre concurrencia y competencia • Trato justo e igualitario • Transparencia • Publicidad • Economía • Eficiencia y eficacia • Promoción del Desarrollo Humano • Principio de Moralidad • Imparcialidad • Razonabilidad • Vigencia Tecnológica • Equidad • Sostenibilidad Ambiental 	<ul style="list-style-type: none"> • Libre concurrencia • Igualdad y no discriminación • Transparencia y Publicidad • Economía y eficiencia • Eficacia • Sujeción estricta a las Bases • No Formalización • Debido Proceso 	<ul style="list-style-type: none"> • Libertad de concurrencia • Libre competencia • Igualdad y no discriminación • Publicidad y transparencia • Selección de la oferta económicamente más ventajosa • Eficacia y eficiencia
Procedimientos de selección	<ul style="list-style-type: none"> • Licitación Pública • Concurso Público • Adjudicación Directa • Adjudicación de Menor Cuantía 	<ul style="list-style-type: none"> • Licitación Pública • Licitación Privada • Contratación Directa • Convenio Marco 	<ul style="list-style-type: none"> • Abierto • Restringido • Negociado • Diálogo Competitivo • Concurso de Proyectos
Recursos de impugnación a las adjudicaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Vía Administrativa (Recurso de Apelación)¹². 	<ul style="list-style-type: none"> • Vía Administrativa (Demanda para ejercer acción de impugnación)¹³. 	<ul style="list-style-type: none"> • Vía Administrativa (Recurso Especial)¹⁴.
Responsabilidad de los funcionarios y/o servidores públicos	<ul style="list-style-type: none"> • Administrativa (disciplinaria) • Civil (patrimonial) • Penal (personal) 	<ul style="list-style-type: none"> • Administrativa (disciplinaria) • Civil (patrimonial) • Penal (personal) 	<ul style="list-style-type: none"> • Administrativa (disciplinaria) • Civil (patrimonial) • Penal (personal)

¹² Competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

¹³ Competencia del Tribunal de Contratación Pública.

¹⁴ Competencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o Tribunales Autonómicos.

Insistimos en la importancia que tiene mirar la vinculación bidimensional entre los elementos clave de la CP como parte del marco normativo y estos elementos como política pública, es decir, el marco normativo visto en perspectiva de política pública. En consecuencia, en el cuadro 3 se observa cómo el elemento "procedimientos" que forma parte de los elementos clave de la CP se conecta con los factores de gobernanza y con el ciclo de las políticas.

CUADRO 3

Elemento Procedimientos¹⁵ (Tipos)	Factores de Gobernanza de las políticas	Ciclos de las Políticas	
Perú	Capacidad directiva	Definición política del problema público	
Licitación Pública			
Concurso Público		Eficacia	Programa de actuación político administrativo
Adjudicación Directa			
Adjudicación de Menor Cuantía			
Chile		Eficiencia	Acuerdo político - administrativo
Licitación Pública			
Licitación Privada	Servicio Civil de Carrera (o Profesionalización de la función pública)		Planes de acción
Contratación Directa			
Convenio Marco	Ética y moral	Las etapas de la implementación	
España			
Procedimiento Abierto			
Procedimiento Restringido		Transparencia	
Procedimiento Negociado			
Diálogo Competitivo	Enunciados de la evaluación en cuanto a los impactos y resultados		
Concurso de Proyectos		Rendición de cuentas	

¹⁵ En materia de contratación pública la Licitación Pública es un tipo de procedimiento de selección de los contratistas.

Después del desarrollo analítico y metodológico que hemos venido haciendo a fin de poder mostrar cómo operacionalizar nuestro objeto de estudio, finalmente concretamos la matriz articuladora específica (ver Cuadro 4) con la cual analizamos los marcos normativos de Perú, Chile y España. Es preciso mencionar que, la problematización de esta matriz comprendió considerar lo siguiente:

Primero. No contamos con un marco de indicadores específicos sobre la corrupción en la CP, en la sección Estado de la Cuestión intentamos construir a través de una serie de estudios de mediciones e indicadores sobre la corrupción, una "situación problemática" de la corrupción en la CP en Perú, misma que nos pudiera servir para contrastarla con las situaciones de Chile y España.

Segundo. Los factores de gobernanza de las políticas que fueron incorporados en la codificación del año 1998 en Perú, no han sido objeto de estudio ni de medición por lo que solo nos estamos aproximando a través de conjeturas para poder tener una idea de cuál ha sido el grado de influencia de esos factores para prevenir el fenómeno de la corrupción en la CP.

Tercero. Es de suma relevancia considerar que en Perú en comparación con Chile y España, se tienen problemas estructurales de fragilidad institucional que en otra parte de este trabajo, hemos identificado como "falta de regularidad institucional y heterogeneidad en la existencia del Estado de derecho".

Cuarto. Finalmente, no podemos perder de vista que a los factores de gobernanza se les dota de cierto sentido prescriptivo normativo y causal que presupone por lo tanto resultados en un entorno institucional previsible, estable y regular; éste supuesto no puede ser replicable causalmente a la realidad peruana, por lo tanto los factores de gobernanza de las políticas que se han elegido son a nuestro entender una posibilidad de poner en la superficie otros temas no normativos sino directivos para hacer frente al fenómeno de la corrupción.

CUADRO 4

Elemento Procedimientos¹⁶ (Tipos)	Factores de Gobernanza de las políticas	Ciclos de las Políticas
Perú	Capacidad directiva	La implementación
Licitación Pública		
Chile	Eficacia	
Licitación Pública		
España	Servicio Civil de Carrera (o Profesionalización de la función pública)	
Procedimiento Abierto		

Entonces, la matriz articuladora para el análisis comparativo que se desprende del Cuadro 4 quedó bajo los siguientes puntos:

1. Describir normativa y conceptualmente el "procedimiento de licitación pública" y ponerlo en contraste con la definición normativa de la Ley o disposición normativa anterior inmediata a 1998. Destacar qué cambios hubo si es que los hubo normativamente y su alcance en la codificación del marco normativo de la CP.
2. Identificar en la Ley de 1998 si se prevé alguna o algunas de las características de los factores de gobernanza de las políticas: capacidad directiva, eficacia y servicio civil de carrera y de ser así de qué manera se correlacionaron o no, con programas, planes y políticas que facilitarían la implementación de la Ley en cuanto a la Licitación pública.
3. Identificar y describir normativamente qué medidas de combate a la corrupción se incorporaron en el marco normativo de la CP o qué programas o planes específicos (o

¹⁶ En materia de contratación pública la Licitación Pública es un tipo de procedimiento de selección de los contratistas.

en su caso general) se crearon para el combate a la corrupción en la CE. Y de qué manera si es posible establecer que en la codificación de la Ley 1998 se establecieron capacidades institucionales y directivas, y un entorno favorable para inhibir y combatir prácticas de corrupción en esta área.

4. Conclusiones con un acercamiento comparativo.

Para finalizar esta sección metodología definimos los términos de la matriz en cuestión:

Licitación pública: Se constituye en "un proceso administrativo por el cual la administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato" (Dromi, José: 1997, pág. 323). Al respecto, la UNCITRAL en la Guía para la incorporación al derecho interno de su Ley Modelo señala que las características básicas de las licitaciones son las siguientes: como regla general, la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas; la especificación y descripción completa en el pliego de condiciones de los bienes, de las obras o de los servicios objeto del contrato a fin de que los proveedores o contratistas puedan preparar sus ofertas sobre una misma base; la revelación completa a los proveedores o contratistas de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de las ofertas y para la selección de la oferta ganadora (por ejemplo el precio únicamente, una combinación del precio y de algunos criterios técnicos o económicos); la estricta prohibición de toda negociación entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas sobre el contenido de sus ofertas; la apertura pública de sus ofertas al término del plazo para su presentación; y la notificación de toda formalidad requerida para la entrada en vigor del contrato adjudicado¹⁷.

¹⁷ UNCITRAL, Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre contratación de bienes, obras y servicios. Naciones Unidas, 1995.

Capacidades directivas: Es una perspectiva de la alta dirección que ha logrado instituirse en los distintos niveles de toma de decisiones del proceso directivo. Las capacidades directivas son un componente estratégico del gobernar (de la administración), se caracterizan por situar sistémicamente habilidades cognoscitivas, visión integradora de recursos y competencias, disposición a pensar en lo complejo de las interacciones al interior de las organizaciones y los factores externos, afrontar liderazgos interactivos, etc. Sintetizando habría que entenderla como la problematización del proceso directivo. Se constituyen en los procedimientos y prácticas transversales del proceso directivo que influye directamente en la eficiencia del aparato administrativo público, el cual depende en gran medida de la calidad de las decisiones de los directivos. Es el modo como los dirigentes elaboran y adoptan sus decisiones financieras, estratégicas, normativas, de innovación de procesos y productos, y el modo cómo han decidido los sistemas de auditoría, control y evaluación del desempeño de la organización pública a su cargo. (Luis Aguilar: 2013, pág. 29-30).

Eficacia: Según el Libro Blanco de la Gobernanza Europea¹⁸, se entiende por eficacia las medidas que deben ser eficaces y oportunas y producir los resultados buscados, sobre la base de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada.

Servicio Civil de Carrera (o Profesionalización de la función pública): Se "refiere a un sistema de servicio civil como un conjunto de reglas, jurídicas e instrumentales, relativas al modo y condiciones en que el Estado asegura la disponibilidad de personal con las aptitudes y actitudes requeridas para el desempeño eficiente de actividades encuadradas en el cumplimiento de su rol frente a la sociedad. Es preciso agregar que ese modo y condiciones a que se refieren las mencionadas reglas, incluye garantizar a la ciudadanía la profesionalidad y objetividad de los funcionarios públicos, su vocación democrática y el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en las

¹⁸ Gobernanza Europea - Un Libro Blanco publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 12 de octubre de 2001. Ver: http://www.dicoruna.es/ipe/doce/2001/c_28720011012es00010029.pdf

diferentes instancias de la carrera funcionarial, lo cual debe reflejarse en un cuerpo normativo especial" (Oslak, O.: 2001).

El BID utiliza la definición formulada por Longo¹⁹, la cual hace referencia a que "el Servicio Civil está constituido por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, proceso, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general".

La implementación: Para Subirats J. et al (Ob. Cit.: 2012, págs. 183-185) es el "conjunto de procesos que, tras la fase de programación, tienden a la realización concreta de los objetivos de una política pública". Asimismo y precisando la definición, Subirats señala que es el conjunto de decisiones y acciones llevadas a cabo por actores públicos, paraestatales y privados que forman parte del Acuerdo de actuación Político - Administrativo (APA), enmarcadas por un Programa de actuación Político - Administrativo que regula las reglas institucionales específicas a la política en cuestión, y realizadas con la intención de crear, influenciar o controlar: 1) la constitución de una "red de acción pública", 2) la concepción de una "estrategia de implementación" bajo la forma de planes de acción, y 3) las decisiones y acciones y acciones concretas, ya sean generales o individuales, que se destinan directamente a los grupos objetivo (outputs: productos y/o prestaciones administrativas).

¹⁹ Longo, F. (2006): "Marco Analítico para el Diagnóstico Institucional de Sistemas de Servicio Civil" en Informe sobre la Situación del Servicio Civil en América Latina", Washington, DC, Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

1.7 ESTADO DE LA CUESTIÓN

Esta investigación se planteó como objetivo explorar la relación entre corrupción y CP en Perú en un marco comparado con Chile y España. Se suele llamar al fenómeno que se desprende de esta relación: corrupción en la CP o CE. La tendencia en América Latina, y en especial, en Perú ha sido definir y resolver esta problemática desde los *aspectos jurídicos o legales*, digamos que el sistema político ha *intervenido* mediante la elaboración de codificaciones, sistematizaciones o marcos normativos integradores en la CP a fin de prevenir y combatir la corrupción. Hasta cierto punto esta respuesta es comprensible por las condiciones de fragilidad institucional y ausencia de Estado de derecho en el Perú como es característico en la región. Aunque hay que decir, que precisamente en Chile y España existe un mayor grado de regularidad institucionalidad y de certeza jurídica, no por ello también experimentan corrupción pero a niveles inferiores en comparación con Perú. Sin embargo, la relación entre corrupción y CP no podría quedarse en los aspectos normativos, como ya lo hemos señalado, Rivero Ortega subraya la relevancia que tiene la CP como herramienta en las políticas de desarrollo y crecimiento económico, por ello incorporamos con un sentido heurístico abordar esta problemática con elementos de las políticas públicas y la gobernanza, con ese propósito se buscó darle un mayor juego al análisis meramente normativo.

Lo anterior busca señalar que ante la limitada o más bien escasa literatura que trate específicamente sobre la relación entre CP y corrupción en Perú decidimos intentar construir una problemática en este apartado. Incluso con cierta perplejidad en el Perú existen pocos instrumentos de medición sobre la corrupción en general, y por lo tanto en la corrupción en el ámbito de la CP. En los otros países que forman parte de este estudio comparado, el tema ha recibido una mayor atención tanto en la literatura como en los instrumentos de medición.

De los pocos análisis sobre la corrupción en general en Perú, Chevarría²⁰ realiza un análisis sobre las políticas públicas que se impulsaron para fortalecer la institucionalidad anticorrupción durante los gobiernos de Paniagua, Toledo y García,

²⁰ Chevarría, F. (2013). Construyendo Integridad: El difícil camino de hacer instituciones para la lucha contra la corrupción en la era post Fujimori. En "Temas de Gestión Pública y Actualidad". Perú. Ver: http://gobiernoygestionpublica.edu.pe/portal/pdf/articulos_exalumnos/art1_chevarria.pdf

que abarca el período 2000 -2011, destacando según el gobierno, las siguientes medidas de tipo preventivo y sancionador:

- Gobierno de Valentín Paniagua (2000-2001)

a) **Medidas preventivas:** 1) creación del Sistema de Declaraciones Juradas de ingresos y de bienes y de rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado; 2) creación del Portal de Transparencia Económica del Ministerio de Economía y Finanzas; y, 3) creación de la Iniciativa Nacional Anticorrupción que fue un esfuerzo por conformar un grupo de expertos y analistas que delinearon un documento denominado "Por Un Perú Sin Corrupción" el año 2001 que contiene un diagnóstico sobre la corrupción en el Perú y asimismo propone un conjunto de líneas de acción para un futuro gobierno entre las que puede destacarse la elaboración de un Plan Nacional Anticorrupción.

b) **Medidas sancionadoras:** 1) creación de un Sistema Judicial Anticorrupción con juzgados y salas especializadas en el juzgamiento de delitos de corrupción; 2) regulación especial en el tema penal para la colaboración eficaz que permitieron la captura y recuperación de activos provenientes de la corrupción; y, 3) de forma excepcional se limitaron derechos en investigaciones preliminares de diversos delitos entre ellos los de corrupción.

- Gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006)

a) **Medidas preventivas** en tres ámbitos: 1) ética pública: se creó el Código de Ética de la Función Pública, que se complementó con otras regulaciones de carácter especial; 2) transparencia: se promulgó la Ley de Transparencia y Acceso a la Información que pone en relevancia el principio de publicidad que debe regir a toda actividad estatal; y, 3) participación ciudadana: se creó la Ley Marco del Presupuesto Participativo como resultado del diseño descentralizador del Estado que generó diversos espacios y mecanismos de participación ciudadana, entre los que destaca esta Ley.

En otros ámbitos se promulgó la Ley de Control Interno de las Entidades Públicas que reguló el control interno estableciendo un conjunto de estrategias para prevenir la corrupción como es la ética, transparencia, gestión de procesos, etc.; y la adopción de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.

b) **Medidas sancionadoras:** 1) se promulgó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, con la cual se rediseñó a la Contraloría General con un nuevo marco organizativo y funcional; 2) se crea la Comisión Especial para la Reforma de la Justicia; y, 3) se creó la Unidad de Inteligencia Financiera como entidad encargada de detectar posibles casos de lavado de dinero a través del sistema bancario relacionados con delitos como el tráfico de drogas y la corrupción. Se redujeron beneficios penitenciarios a responsables de graves delitos de corrupción y se celebraron tratados de extradición con China, Italia, Brasil, Paraguay y Panamá.

- Gobierno de Alan García (2006-2011)

a) **Medidas preventivas:** 1) se promulgó una nueva Ley de Contrataciones del Estado mediante el Decreto Legislativo N° 1017; 2) se creó el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE); 3) se crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil. Todas ellas instituciones que permiten una adecuada gestión de los recursos del estado haciéndolos más eficientes y por ende más previsibles y transparentes; y, 4) se emitió la Ley de Protección de Datos Personales que complementa las normas de transparencia y acceso a la información del gobierno anterior y la creación de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, entidad articuladora que agrupa a los titulares de las principales instituciones vinculadas a la lucha contra la corrupción.

b) **Medidas sancionadoras:** 1) implementación del nuevo Código Procesal Penal en cuanto a la creación de un nuevo marco regulatorio para delitos cometidos por funcionarios públicos; 2) en el caso de la Contraloría General de la República se le ampliaron facultades y competencias sancionadoras en materia de responsabilidad administrativa funcional; y, 3) Y para complementar este marco general para sancionar la corrupción a nivel judicial y administrativo, se expidieron normas para regular la protección de denunciantes de actos de corrupción, la tipificación del delito de soborno transnacional, tratado de extradición y asistencia mutua con Bolivia y Tailandia, entre otros.

De lo anterior, Chevarría²¹ concluye que es posible afirmar que en los tres gobiernos analizados han existido diversos esfuerzos por enfrentar la corrupción mediante una regulación integral y el impulso de políticas públicas; sin embargo, hace presente que las distintas reformas y cambios carecieron de un adecuado soporte institucional que les diera legitimidad y apoyo administrativo para su eficaz cumplimiento y monitoreo. En esas condiciones las políticas públicas anticorrupción no estuvieron ligadas al cumplimiento de objetivos nacionales y por lo general respondieron a impulsos desarticulados de los actores políticos que respondían a demandas concretas y específicas sin considerar un "*Norte*" hacia el cual dirigirse.

Según lo señalado anteriormente, en diciembre de 2008 se presentó el "Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción"²² que incluyó como objetivos estratégicos entre otros: i) promover la creación de un sistema anticorrupción articulado; ii) institucionalizar en la Administración Pública las prácticas de buen gobierno, la ética, la transparencia y la lucha eficaz contra la corrupción; iii) promover prácticas o conductas en el sector empresarial para combatir la corrupción. Posteriormente, el CEPLAN²³ publicó en 2011 el "Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021"²⁴, que es un plan a largo plazo que contiene políticas nacionales de desarrollo que deberá seguir el Perú en los próximos años, entre las cuales destaca el lineamiento de la política del Objetivo Nacional del "Eje Estratégico 3: Estado y Gobernabilidad", que en relación a la Gobernabilidad indica: "Luchar contra la corrupción en el país en todos sus niveles".

Actualmente, el gobierno del Presidente Humala ha dado nuevamente preponderancia a la lucha contra la corrupción al apoyar el desempeño de las labores que realiza la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción²⁵. Asimismo, se destaca la

²¹ Ob. Cit.

²² Ver: www.pcm.gob.pe/.../plan_anticorrupcion/plan_anticorrupcion.pdf

²³ Centro Nacional de Planeamiento Estratégico

²⁴ Ver: <https://www.mef.gob.pe/contenidos/.../PlanBicentenarioversionfinal.pdf>

²⁵ La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN-Anticorrupción), es un espacio integrado por instituciones públicas, privadas y la sociedad civil que tiene por objeto articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país. La CAN-Anticorrupción fue creada mediante DS N° 016-2010-PCM y reconocida por norma con rango de Ley (Ley N° 29976).

La Comisión se encuentra conformada por el presidente del Congreso de la República, y los titulares del Poder Judicial, Consejo de Ministros, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura y Fiscalía de la Nación.

También la integran los presidentes de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, Asociación de Municipalidades del Perú, el secretario ejecutivo del Foro del Acuerdo Nacional, y el coordinador general de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

elaboración por parte de la referida Comisión, del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016²⁶, que tiene por finalidad la generación de cambios institucionales y normativos que deberán articular las entidades con enfoque al fortalecimiento de las acciones dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país. Al respecto, el Sector Economía y Finanzas aprobó su Plan Sectorial de Lucha contra la Corrupción durante los años 2012²⁷, 2013²⁸ y 2014²⁹, que se constituye en un instrumento de política fundamental para una gestión pública en el marco de la ética, transparencia y simplificación administrativa que permitirá fortalecer las acciones en la lucha contra la corrupción plasmados en los objetivos y estrategias del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016. Asimismo, los Organismos Públicos y Entidades adscritas al Sector³⁰ deberán aprobar su Plan Institucional Anticorrupción. En referencia a la normativa internacional en materia anticorrupción a la cual se encuentra adscrito el Estado Peruano, se tienen los siguientes tratados internacionales: Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA)³¹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³² (CNUCC).

En calidad de observadores participan la Contraloría General de la República, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la Asamblea Nacional de Rectores, y el Consejo Nacional para la Ética Pública. También tendrán participación la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas las centrales sindicales de trabajadores, representantes de la Iglesia Católica y Evangélica, así como el Consejo de la Prensa Peruana. Ver: can.pcm.gob.pe/

²⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 119-2012-PCM del 8 de diciembre de 2012.

²⁷ Aprobado con Resolución Ministerial N° 147-2012-EF/41 del 08 de febrero de 2012.

²⁸ Aprobado con Resolución Ministerial N° 064-2013-EF/41 del 06 de marzo de 2013.

²⁹ Aprobado con Resolución Ministerial N° 015-2014-EF/41 del 15 de enero de 2014.

³⁰ Plan que resulta cumplimiento obligatorio por parte de todos los Organismos Públicos adscritos y Empresas vinculadas al Sector, como son: Superintendencia del Mercado de Valores (SMV); Oficina de Normalización Previsional (ONP); Organismos Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN); Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT); Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) y; Banco de la Nación (BN).

³¹ Aprobada por Resolución Legislativa N° 26756, ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE.

³² Aprobada mediante Resolución Legislativa N° 28357, ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE.

2. MARCO TEÓRICO

2. MARCO TEÓRICO

2.2. CONCEPTO DE GOBERNANZA Y POLÍTICAS PÚBLICAS

2.2.1. CONCEPTO DE GOBERNANZA

Para Aguilar, L. (Ob. Cit.: 2013, pág. 33), la Nueva Gobernanza (en adelante NG) hace referencia a un modo o forma de gobernar por interacciones y redes. La NG es un campo de conocimiento que alude a la necesaria e imprescindible creación de relaciones (redes, asociaciones u organismos no gubernamentales) entre el gobierno y los actores extragubernamentales, con la finalidad de que el gobierno pueda obtener los diversos recursos que poseen éstos actores y de los cuales carece, para así poder cumplir de modo eficaz y eficiente con las expectativas de la comunidad política. La interacción relacional entre el gobierno y actores de la sociedad ha generado una transformación en la práctica de gobernar que ha dejado de lado la relación de jerarquía y permitido el surgimiento de relaciones horizontales que permiten involucrar a la sociedad en la forma cómo se gobierna a sí misma, lo cual ha fomentado la percepción democrática de los regímenes políticos de los gobiernos.

En ese sentido, Aguilar identifica que la Nueva Gobernanza en su estructura básica se construye por elementos que se concretan en el plano de la realidad en instituciones y conocimiento. En cuanto al primer elemento "instituciones" a su vez comprende los valores, las instituciones, las normas y tradiciones mediante las cuales se limita el poder del gobierno y se crean los mecanismos de acceso para que los ciudadanos puedan participar en las decisiones de gobierno. Asimismo, se regulan las interacciones entre los actores (internos y externos al gobierno) para resolver las diferencias que se pueda presentar y llegar a acuerdos sobre la dinámica a seguir para conseguir lograr con eficacia y eficiencia, los objetivos públicos para los que fueron convocados.

En lo que respecta al segundo elemento que corresponde al "conocimiento" y que comprende a los conocimientos propiamente dichos (científico) y a las tecnologías, es posible mencionar que resulta de crucial importancia porque permite a todos los actores

involucrados en la acción de gobierno, conocer el contexto real en que se desenvuelve la problemática que se les presenta y de ese modo puedan aportar los recursos que poseen para la gestión y consecución de los fines y objetivos públicos proyectados.

Cabe señalar que, la Nueva Gobernanza al utilizar la creación y gestión de redes para su efectivización, ha reformado la relación gobierno -sociedad al acercar y hacer partícipe a la comunidad política (conformada por el conjunto de actores que se encuentran formando parte de ella) de la provisión de recursos para lograr la satisfacción de sus necesidades, logrando con ello recuperar la confianza de la sociedad y por ende mejorar la imagen que proyecta sobre ella; sin embargo, es de advertirse que dicha reforma se ha centrado en la gestión del gobierno para proveer a su estructura de los medios que le permitan cumplir con sus objetivos, es decir que en su origen el modelo de la Nueva Gobernanza se centra en la promoción de las capacidades internas del modo de gobernar.

BUENA GOBERNANZA

En cuanto al concepto de Buena Gobernanza, Luis Aguilar (2011) indica que adquirió significado normativo al considerarse que el gobierno basado en el establecimiento de asociaciones y redes con actores extra-gubernamentales era un modelo que los gobiernos debían aplicar para ser políticamente legítimos y eficaces; concepción que fue objeto de críticas.

El concepto de "buena gobernanza" tuvo una mejor aceptación, cuando el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) propuso una serie de principios para definir las características de la buena gobernanza desde el punto de vista de las relaciones entre el Estado y la sociedad³³. Así se observa que, los principios o características son: estado de derecho (imparcialidad), legitimidad y voz (participación y orientación para el consenso), transparencia y rendición de cuentas, rendimiento (capacidad de respuesta, eficacia y eficiencia), dirección (visión estratégica) y equidad

³³ Véase el documento de políticas del PNUD titulado "Governance for sustainable human development", que se puede consultar en <http://www.pogar.org/publications/othee/undp/governance/undppolicydoc97-e.pdf>.

(acceso universal, incluidas las minorías, a oportunidades de mantener y mejorar el bienestar propio).

Es de resaltar el hecho que, mientras se debatían los atributos del concepto de buena gobernanza desde una perspectiva normativa, surgió un concepto teórico, según el cual la (nueva) gobernanza es resultado de fenómenos económicos y sociales actuales (tanto a nivel nacional como internacional) y debe cumplir con determinadas condiciones institucionales y técnicas para ser políticamente legítima, eficiente y eficaz, además de digna de crédito y de confianza de los ciudadanos. Por lo que, siguiendo dicha corriente teórica, el significado de gobernanza equivale a un proceso de gobernanza en que se respeten el estado de derecho y las instituciones democráticas y que sea técnicamente competente para producir los resultados de valor público esperados³⁴.

Teniendo en cuenta los trabajos académicos y de las organizaciones internacionales, Aguilar³⁵ identifica dos dimensiones de la gobernanza y sus respectivos componentes, los cuales detallamos a continuación:

- a) Dimensión institucional y política de la gobernanza, que se encuentra compuesta por:
- Estado de derecho: Independencia del poder judicial, imparcialidad, honestidad, rapidez y exigibilidad jurídica del sistema judicial/garantías procesales, imparcialidad, honestidad y competencia de la policía, respeto de la ley por los ciudadanos y las autoridades públicas e igualdad de los ciudadanos ante la ley.
 - Expresión y rendición de cuentas: Derechos humanos, libertades civiles, (género) y económicas, libertad de los medios de comunicación, derechos políticos e instituciones (por ejemplo, un sistema de elecciones libres e imparciales), democracia abierta e inclusiva, proceso legislativo representativo y capaz de responder a las necesidades, instituciones ejecutivas y legislativas, relaciones intergubernamentales, transparencia/acceso de los ciudadanos a la información pública, anticorrupción, (tipos de) instituciones y prácticas de rendición de cuentas, instituciones y prácticas participativas de los ciudadanos.

³⁴ *Ibídem*, pág. 7.

³⁵ *Ibídem*, págs. 8 y 9.

- Calidad de la reglamentación: Normativa económica (financiera, laboral, comercial, aduanera), legislación sobre derechos de propiedad intelectual, normas y procedimientos administrativos.
- b) Dimensión técnico-administrativa de la gobernanza, que cuenta con los siguientes elementos:
- Sistema social de creencias y tecnologías cognitivas: Calidad de los sistemas de información, conocimientos científicos y plataformas tecnológicas, instituciones de investigación y desarrollo, universidades e instituciones de enseñanza técnica.
 - Finanzas públicas: Estructura de los sistemas fiscales y presupuestarios, eficacia de la administración tributaria, gestión del gasto público, equilibrio entre ingresos y gastos públicos.
 - Políticas públicas y administración pública: Capacidad de planificación y de diseño de análisis de políticas, calidad de la participación de los ciudadanos en el proceso de formulación de políticas, sistematicidad y coherencia de normativas, calidad de la burocracia (normas, organización, procesos, capacidad profesional del personal), desarrollo de sistemas de gobierno electrónico, diseño de tecnologías de la información y las comunicaciones y de políticas y estrategias de gobernanza electrónica que incorporen las cuestiones de género, calidad de los sistemas de evaluación y auditoría, gestión de recursos humanos y ética del servicio público.

2.2.2. CONCEPTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Las Políticas Públicas (policy)

Las políticas públicas conforman un área de conocimiento sobre la acción del Estado. Múltiples son sus definiciones según la cuestión que se busca problematizar, aunado a ello comprenderlas en tanto instrumento de análisis y actuación conlleva situarlas como un proceso. Para Luis Aguilar (2007) las políticas públicas constituyen un campo cognoscitivo del proceso decisorio del gobierno. Por su parte, Parsons (2007) sugiere que las políticas públicas definen y construyen cuestiones, problemas, así como la

forma en que llegan a la agenda política y a la agenda de las políticas. Subirats et al (Ob. Cit.: 2012) sostienen que éstas son respuestas a problemas sociales, pero sugieren relativizar este postulado para evitar que los asuntos públicos sean una especie de Estado-ventanilla³⁶. Mény y Thoenig (1992) las definen como un programa de acción propio de una o varias autoridades públicas gubernamentales en un ámbito sectorial de la sociedad o en un espacio territorial dado. Enfatizando esta perspectiva, una política pública está conformada por actividades orientadas hacia la solución de problemas públicos, en la que intervienen actores políticos con interacciones estructuradas y que evolucionan a los largo del tiempo (Lemieux citado por Subirats et. al. Ob Cit. : 2012).

Al estudiar las políticas públicas es esencial situar a éstas como el resultado de la interacción entre una gama de actores e instituciones. Tomassini (1996) sostiene que éstas surgen como el engranaje más relevante para promover y encauzar las demandas y transformaciones económico-sociales. En síntesis Subirats et al. (Ob. Cit.: 2012) definen a las políticas públicas como:

"...una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos –cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían- a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones de lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupo-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficios finales) (ídem: 38)".

Esta definición tiene como elementos constitutivos: 1) solución de un problema público; 2) existencia de grupos objetivos en el origen de un problema público; 3) una coherencia al menos intencional; 4) existencia de diversas decisiones y actividades; 5) programa de intervenciones; 6) papel clave de los actores públicos; 7) existencia de actos formales; y, 8) naturaleza más o menos obligatoria de las decisiones y actividades.

Ahora bien el estudio de las políticas debe encuadrarse en un enfoque de análisis. Para Mény y Thoenig (Ob. Cit.: 1992) el análisis de las políticas públicas consiste en el estudio de la acción de los poderes públicos en el seno de la sociedad. Wildavsky

³⁶ Que se encargue de manera igualitaria y automática de todas las demandas sociales como sugiere la visión pluralista.

(mencionado en Subirats ídem 2012) subraya que el análisis de políticas públicas es un campo aplicado cuyos contenidos no pueden precisarse a través de lo que serían los límites propios de las disciplinas científicas, sino será la naturaleza del problema planteado la que determinará los instrumentos que será necesario utilizar. Al respecto Parsons (2007) distingue dos tipos de análisis: 1) Análisis *del* proceso de las políticas públicas: éste implica cómo se formulan las políticas públicas, cómo se toman las decisiones y cómo se evalúan e implementan las políticas públicas; y, 2) Análisis *en* y *para* el proceso de las políticas públicas: éste comprende el uso de técnicas de análisis, investigación y propugnación en la definición de los problemas, la toma de decisiones, la evaluación y la implementación.

Subirats et al. (Ob. Cit.: 2012) diseccionan tres corrientes del análisis de las políticas públicas: a) análisis de las políticas públicas y las teorías del Estado: esta corriente atiende a problemas relacionados con el surgimiento y naturaleza del Estado o la esencia de lo político; b) funcionamiento de la acción de los poderes públicos o de la acción pública³⁷: este enfoque se centra en los procesos de toma de decisiones y en las estrategias de los actores, en las herramientas de intervención pública, en las estructuras, procedimientos y formas institucionales y en los marcos cognitivos; y, c) evaluación de los efectos de la acción pública. A su vez, proponen a partir de estas tres corrientes un marco de análisis de política públicas como ciencia de la acción: se trata de revelar que las estrategias, los intereses y las formas de operar de los actores dependen de factores derivados de los recursos de que disponen y de su posición institucional.

El proceso de formulación de las políticas públicas

Al interrogarse cómo se articulan los distintos intereses y cómo se resuelven los conflictos en la agenda de los asuntos públicos entre la sociedad el Estado y el mercado una respuesta es a través del analizar el proceso de adopción de decisiones. Dicho lo anterior, la orientación hacia el *proceso* de las políticas públicas intenta encuadrar un análisis de las políticas públicas que engarce procesos y resultados sin desestimar pero

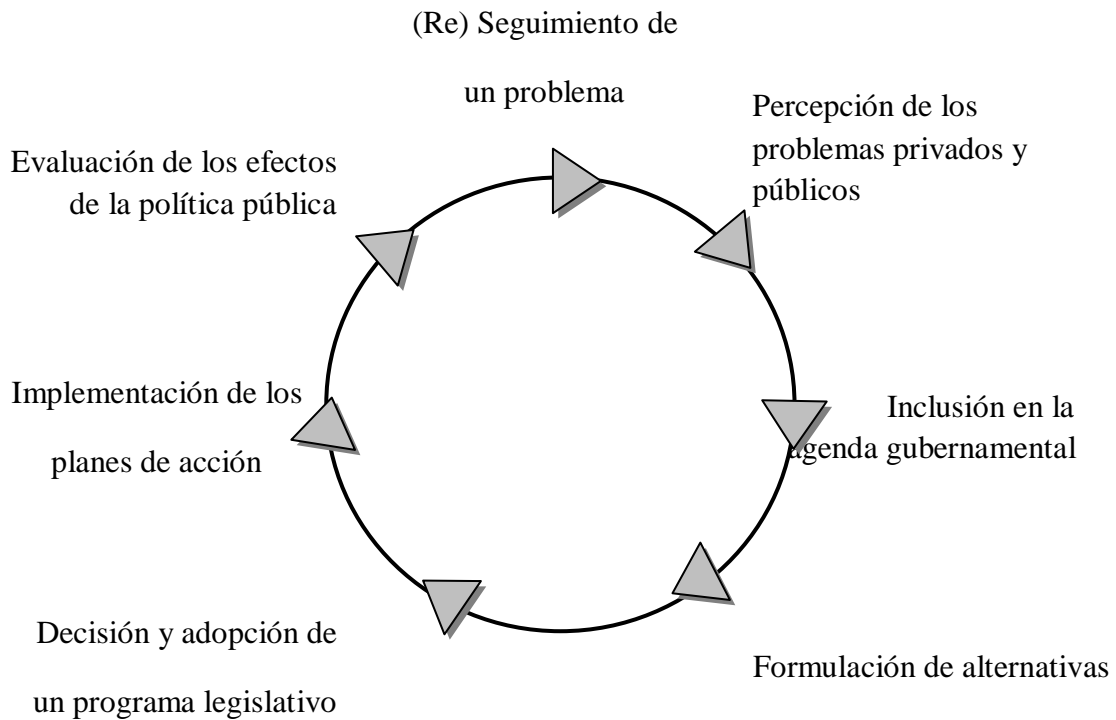
³⁷ Aquí entra la perspectiva de Parsons del análisis *de* la política (procesos de formulación y ejecución de las políticas públicas) y del análisis *para* la política (desarrollo de un sistema cognitivo para y en los procesos de formulación y ejecución de políticas).

modulando en términos explicativos las estrategias de poder. Esta orientación pone en perspectiva una interpretación de la política y el Estado, con ello seguimos a Subirats, et al. (Ob. Cit.: 2012) para quienes *el proceso de una política pública implica un conjunto de decisiones tomadas y de acciones emprendidas por una serie de actores, tanto públicos como privados, orientadas hacia la solución de un problema público claramente delimitado.*

En perspectiva, las decisiones públicas son el resultado de un proceso histórico de concreción de los distintos valores, instrumentos, expectativas, conflictos, cooperación y estructuras de una comunidad. Según el contorno democrático o autoritario éstas representan la factibilidad de lo social, pero también el despliegue de las formas individuales, así como la síntesis de lo social y lo individual en un entramado de instituciones. Para Parson el proceso de decisión pública tiene que ver con la toma de decisiones, lo cual hace referencia al proceso de elegir una determinada opción, ello implica asignar valores en cada tiempo y espacio conforme lo marca el momento específico (2007). Digamos que una regularidad de la vida social es la toma de decisiones públicas. Es poner en marcha el conjunto de maquinarias que componen lo social en una dirección común.

Siguiendo a Subirats et al. (Ob. Cit.: 2012) la idea de proceso obedece a un planteamiento que propone la modelación de la políticas a través de “*un ciclo y sus productos*”. Este modelo parte de la definición de las políticas pública en tanto un conjunto de decisiones y acciones que resultan de interacciones repetidas entre actores públicos y privados cuyas conductas se ven influenciadas por los recursos de que disponen y por las reglas institucionales generales y específicas. Tomando como base esta definición los actores, la variable a explicar (dependiente) consistirá en el alcance y contenido de los diferentes productos de las políticas públicas y la variable explicativa (independiente) será la constelación de actores y su conducta, directamente influenciada por los recursos que pueden movilizar y el contexto institucional general. El ciclo de las políticas contempla las siguientes fases:

GRÁFICO 1. EL CICLO DE UNA POLÍTICA PÚBLICA



Fuente: Subirats, Joan; Knoepfel, Peter; Larrue, Corinne; y Varone, Frédéric (2012) que fue adaptada del libro de Parsons (1995:78-79).

Otro rasgo del enfoque del ciclo de las políticas que es importante considerar se deriva de la propuesta de marco de análisis de las políticas públicas de Subirats, et al. (2012). Ellos ofrecen la noción del *espacio de una política pública* o *espacio de interacción*. Aquí la política pública se concibe y se gestiona por actores públicos y privados que constituyen una red compleja de interacciones en la que se cruzan interacciones horizontales (actores en un mismo nivel) y verticales (actores ubicados en multiniveles). En ese espacio se encuentra distintas interacciones provenientes de actores e intereses muy diversos, por ello, no puede ser un espacio neutro, ya que produce efectos en las conductas y en las modalidades de las acciones puestas en juego. Cobra relevancia que el espacio de la política pública se determina entre otros factores por la lógica del Estado de derecho. En suma el *espacio de una política pública*, “es el

marco [...] estructurado, formalizado y poblado por actores políticos públicos que interactúan con diversos grados de intensidad con actores no públicos, posibilitando estrategias de acción alternativas” (ídem: 57). Añaden que es posible identificar en el espacio un núcleo de actores que al margen de los conflictos pretenden controlar ese espacio a través de conformar comunidades de políticas, las cuales, a su vez, pueden conformar coaliciones promotoras.

2.3. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

Es vasta la bibliografía y son muchos los estudios que se han realizado para definir a la corrupción, tan es así que Arjona (2002: pág. 4) citando a Malem (1967) indica que "Hoy [son] innumerables las definiciones que se han propuesto para definir la corrupción". En ese sentido, es posible señalar que la corrupción se constituye en un fenómeno complejo y multifacético con múltiples causas y efectos, el cual según el contexto en el que se observe toma diversas formas y funciona de diferente manera. Así, según Nuñez (2004) "la corrupción proviene de un conjunto de factores de índole económica, institucional, política, social e histórica", que "además puede apreciarse no sólo en la esfera pública sino también privada" (Hodgson y Jiang: 2008, pág. 3).

Al respecto, Johnston (1996) citado por Arjona (et al. 2002: pág.8) realizando un estudio completo que tuvo en cuenta las definiciones históricas y los problemas que se constituyen en objeto de estudio al relacionarse con la corrupción, propone cuatro enfoques para analizar las diferentes definiciones:

1) Se diferencia las nociones clásicas de las modernas. En las nociones clásicas el concepto de corrupción se encuentra asociado con los diferentes rasgos del sistema político que constituían el cuerpo moral de la sociedad (por ejemplo: la distribución del poder y la riqueza, las libertades, del derecho moral para gobernar, las virtudes, los valores), posición que se observa en el pensamiento político de Platón, Aristóteles, Thucídides o Maquiavelo y contemporáneamente con lo sostenido por Dobel (1978), Shumer (1978) y Brasz (1970); mientras que en las nociones modernas no se concibe a la sociedad como un sistema coherente de valores y objetivos morales sino que es un

espacio donde compiten intereses y grupos en el cual la labor de las instituciones es velar por preservar dicho sistema de competencia, por lo tanto la corrupción no es un problema de moral sino un tipo de prácticas específicas realizadas por ciertos individuos, aquí se ubican los autores que conciben la corrupción como una forma de conducta basada en motivaciones individuales o la interacción de decisiones de varios individuos.

2) En este enfoque las definiciones de corrupción hacen énfasis en el comportamiento, y "sostienen que la corrupción es el abuso del oficio, poderes o recursos públicos, para el beneficio privado" (Johnston, 1996:322). Asimismo, al identificar patrones de la práctica de corrupción, estas definiciones permitirían analizar las consecuencias del fenómeno y considerar reformas políticas e institucionales. Entre los autores que conciben con esta propuesta se encuentra también Heidenheimer con los tres tipos de definiciones de corrupción contempladas en su libro "Political Corruption. Readings in Comparative Analysis" (1978)³⁸ que se centran en: a) el abuso del "oficio público", b) en una lógica de mercado (ya que existen oferentes y demandantes) y c) en el interés público que se quebranta en aras del interés personal. Así como también, aquellas definiciones que apelan a parámetros subjetivos, tales como la cultura y la moral.

3) Compuesta de definiciones formuladas en base al modelo del "Principal-Agente-Cliente" y que en teoría son aquellas que explican el funcionamiento de los actores públicos a partir de las relaciones entre un principal -el funcionario público, y su agente -el que realiza las operaciones de la función pública (Johnston, 1996) (Rose -Ackerman, 1978) y Klitgaard (1988). Según este modelo, la corrupción surge cuando el agente traiciona los intereses del principal en busca de su propio beneficio (o el de un cliente). Para Johnston (1996), estas definiciones se enfocan en la conducta de los actores (principal, agente y terceros) dentro de un contexto institucional y político. Los autores que coinciden con esta teoría son Becker y Stigler (1975), Banfield (1975), Rose-Ackerman (Ob. Cit.: 1978), Tirole (1986 y 1992), Cadot (1987), Base (1992), Bac (1998), Polinsky (1999), Dittmann (1999) y Groenendijk (1997).

³⁸ Heidenheimer, A (1970). Political corruption: Readings on comparative analysis. New Brunswick, New Jersey: Transaction Books (segunda edición: 1978).

4) Este tipo de definiciones enfatizan la relación entre determinados rasgos de los sistemas políticos y los significados de la corrupción. Por lo que, aún cuando este tipo de definiciones no proporcionan categorías precisas de comportamiento, permiten entender "las instituciones formales y prácticas sociales, las cuales constituyen el sistema de orden público de una sociedad", para lo cual se requiere el planteamiento de "preguntas clásicas por la legitimidad, el liderazgo y la justicia" (Johnston. Ob. Cit.: 1996, pág.327). Este enfoque coincide con el de los autores Berg, Hahn y Schmidhauser (1976), Tarkowski (1989) y Thompson (1993).

2.4. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

La delimitación del concepto del fenómeno de la corrupción dentro de la esfera del ámbito público resulta relevante para el presente estudio, pues nuestro objeto de estudio "la corrupción en la CP" se constituye en una de las actividades de la Administración Pública dentro de la cual se configura.

Nos centramos en la corrupción que genera algún trastorno en la estructura económica de un país pero solo cuando esta emana del sector público. En este sentido, Tanzi (1994) se refiere a la corrupción como *"todo acto por parte de autoridades gubernamentales, sean estos hacedores de políticas o burócratas, que se desvía del objetivo de brindar el mayor bienestar social motivado por un fin de lucro personal o en beneficio de familiares o allegados"*. En este mismo sentido y de manera más específica, la corrupción también es catalogada por otros autores como la venta de propiedades del Estado por parte de empleados públicos con el objetivo de obtener ganancias personales (Shleifer y Vischny, 1993; Wei, 1997).

De los numerosos estudios sobre el tema, es evidente que no hay criterios uniformes sobre el concepto, sin embargo es posible reconocer algunas definiciones operativas existentes³⁹:

1) Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD): La corrupción es el mal uso de poderes públicos, cargos o autoridad para beneficio privado mediante el soborno,

³⁹ Definiciones extraídas de Parker, Norman, Berthin, G., De Michelle, R. y Mizrahi, Y. (2004): La corrupción en América Latina: Estudio analítico basado en una revisión bibliográfica y entrevistas. Casals&Associates -USAID. pág. 15.

la extorsión, el tráfico de influencias, el nepotismo, el fraude, la extracción de dinero para agilizar trámites, o malversación de fondos.

2) Banco Interamericano de Desarrollo (BID): La corrupción abarca actos realizados por funcionarios que usan su posición con fines propios, o bien lo hacen a pedido de otros, a fin de poder obtener beneficio para sí mismos o para terceros. Entre las actividades corruptas se cuentan el pedido, la oferta o el recibo de sobornos, consideraciones o comisiones clandestinas, la extorsión, el uso impropio de información o bienes, y el tráfico de influencias.

3) Banco Mundial (BM): Por lo común se define como el abuso de un puesto público para ganancia privada. El Banco Mundial desglosa el concepto de corrupción, y hace principal hincapié en la distinción entre la corrupción como captura del estado y la corrupción administrativa. La corrupción como captura del estado se refiere a las acciones de individuos, grupos o firmas, tanto en el sector público como en el sector privado, para influir sobre la formación de leyes, reglamentaciones, decretos y otras políticas gubernamentales para beneficio propio. La corrupción administrativa se refiere a la imposición intencional de distorsiones en la implementación de las leyes y reglamentaciones existentes a fin de dar ventaja a protagonistas estatales o no estatales (gran corrupción y pequeña corrupción).

4) Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID): Corrupción es el abuso de un puesto público para beneficio privado. Abarca abusos unilaterales por funcionarios de gobierno como malversación de fondo y nepotismo, así como abusos que vinculan al sector público con el privado, tales como soborno, extorsión, tráfico de influencias y fraude. La corrupción ocurre tanto en puestos políticos como burocráticos. Puede ser en pequeña o gran escala, organizada o no organizada.

5) Transparencia Internacional: Corrupción es el uso indebido del poder otorgado, para beneficio privado. La corrupción entraña conductas por parte de funcionarios en el sector público o sus allegados, por las cuales se enriquecen indebidamente e ilegalmente mediante el mal uso del poder que se les ha confiado.

Ante las diversas concepciones internacionales que enfocan de manera amplia a la "corrupción pública", consideramos pertinente recurrir a la definición de Rivero Ortega

que dentro del contexto del ámbito administrativo la entiende como: *"aquellas prácticas irregulares de obtención de alguna ventaja económica para quien toma la decisión (o para otro sujeto vinculado a él) a costa del interés público y de la eficiencia administrativa"* (Rivero Ortega: 2006, pág. 62).

2.5. CONCEPTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para la Organización Mundial del Comercio⁴⁰, la CP tiene una considerable importancia económica tanto a nivel nacional como internacional, y representa una proporción significativa del PIB nacional. A nivel nacional, la contratación de bienes y servicios por organismos gubernamentales proporciona los insumos necesarios que permiten a los gobiernos suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas. Los sistemas de CP repercuten de forma significativa en el uso eficiente de los fondos públicos y, en términos más generales, en la confianza pública en los gobiernos y en la gobernanza. El logro de una buena relación entre calidad y precio, el acceso público a la información relativa a los contratos públicos, y las oportunidades equitativas para que los proveedores compitan con miras a obtener contratos públicos, son requisitos esenciales de un sistema eficiente de CP.

En cuanto al enfoque jurídico administrativo de la CP, Rivero Ortega⁴¹ (1998: págs. 184-185) resalta la relevancia e importancia de la actividad contractual de la Administración en general, y en concreto de -la adjudicación y ejecución de encargos públicos-, debido a que son herramientas que se emplean para la satisfacción de los intereses generales, es decir de instrumentos de actuación administrativa. Por su parte, García de Enterría⁴² (et al) define al contrato público basado en un criterio subjetivo, según el cual podemos entender por contrato público, el acuerdo de voluntades suscrito entre la Administración Pública y un particular.

En razón a la naturaleza comparativa de la presente investigación, creemos por conveniente mencionar la elaboración de la propuesta de un concepto común de

⁴⁰ Ver: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/overview_s.htm

⁴¹ Rivero Ortega, R. (1998) citando a Pietzcsker (1978) y Welter(1960). "Administraciones Públicas y Derecho Privado". Marcial Pons. Madrid -España.

⁴² Ob. Cit. (2006: págs. 692).

contrato público para Europa y América Latina (Rivero Ortega, R.: 2004, págs. 112-113), en la que señala como antecedente que el Derecho español ha servido de modelo a muchos ordenamientos latinoamericanos en el desarrollo de algunas de sus instituciones administrativas, y en lo que respecta al régimen de los contratos públicos la influencia europea (de inspiración original francesa) se proyecta sobre las tradiciones jurídicas latinoamericanas. No obstante que el desarrollo de la normativa en Latinoamérica se generó por impulso de organismos internacionales (Organización Mundial del Comercio y Banco Mundial) y a pesar de la presión de compañías transnacionales, se mantuvo la distinción del régimen de los contratos administrativos de los celebrados entre sujetos privados, que es la base del modelo de contrato administrativo europeo. Sostiene además Rivero (2004) citando a Ariño Ortiz (2002) que en Europa se ha dedicado grandes esfuerzos a la definición del contrato administrativo. Asimismo, señala que *"la clave definitoria de los contratos públicos, el dato que explicaría su régimen propio, estaría en la actuación del poder público como "cliente"; pagador de un bien o servicio prestado por el sector privado"*. Por lo que, en todos los contratos públicos (obras, servicios, suministros) el poder administrativo paga con fondos públicos el trabajo realizado por la empresa contratista y en ese sentido el manejo de recursos públicos del presupuesto dirigido a empresas privadas es la clave de comprensión de la naturaleza de estos contratos y, por tanto de sus conexiones con el fenómeno de la corrupción.

En concordancia con lo expuesto, precisamos que en el presente trabajo se utilizará la definición de la contratación pública como "los encargos realizados por la Administración a los particulares en el marco de la prestación de servicios públicos de todo tipo, consistentes en la ejecución de obras, servicios o suministros por un precio pagado por el Estado"(Rivero Ortega: 2004, pág. 109).

2.5.1. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los procesos de selección en la CP tienen especial importancia, pues la administración debe asegurar que dentro de los posibles candidatos se escoja al que pueda cumplir de la mejor manera los objetivos de la contratación. Así en la mayoría de países se utiliza un sistema que permita por un lado, la mayor participación posible de candidatos, con el

fin de que todos aquellos particulares interesados en contratar con la administración tengan la opción, y por otro lado, que permita hacer una evaluación exhaustiva de sus condiciones. Este carácter abierto, público y con una definición previa de los criterios que aplicará la administración, la obliga a actuar con transparencia, y ceñirse a los criterios fijados por ella misma y de esta manera asegura al contratista la imparcialidad de la administración en su selección y un tratamiento igualitario respecto de los demás competidores. Adicionalmente, las reglas del procedimiento de selección se establecen para que los recursos públicos sean ejecutados con probidad y razonabilidad, protegiendo así el dinero de los contribuyentes y previniendo la influencia de los intereses privados de los funcionarios ejecutores⁴³.

La más conocida actividad de la administración pública mediante la cual selecciona a sus contratistas para proveerse de suministros, servicios y obras en la mayoría de ordenamientos jurídicos es la denominada Licitación Pública, sin dejar de lado que también existen otros procedimientos de selección pre-contractual, cuya conceptualización consideramos relevante realizar en razón del método comparativo en el que se basa el presente trabajo.

A continuación delimitaremos el concepto general de Licitación Pública y los conceptos de los procedimientos de selección que se encuentran vigentes en los países objeto de estudio:

- **LICITACIÓN PÚBLICA**

Licitación deriva de la voz latina *licitatione*, que es un derivado de *licitatio-onis*, que significa "venta en subasta", y que consiste en la acción de licitar, palabra que es un verbo transitivo que quiere decir "ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda"⁴⁴. La licitación ha sido definida de muy diversas maneras, no obstante ello en la mayoría de los regímenes de contrataciones administrativas se consagra como principio general al procedimiento de licitación pública como el mecanismo por el cual la Administración selecciona al particular con quien va a celebrar un contrato determinado. La UNCITRAL en la Guía para la incorporación al derecho interno de su Ley Modelo

⁴³ Suarez G. y Laguado, G. (2007): "Manual de Contratación pública electrónica para América Latina". CEPAL Colección Documento de proyectos, pág. 12-14.

⁴⁴ Ver Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en <http://drae.es/palabras/licitación>.

señala que las características básicas de las licitaciones son las siguientes: como regla general, la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas; la especificación y descripción completa en el pliego de condiciones de los bienes, de las obras o de los servicios objeto del contrato a fin de que los proveedores o contratistas puedan preparar sus ofertas sobre una misma base; la revelación completa a los proveedores o contratistas de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de las ofertas y para la selección de la oferta ganadora (por ejemplo el precio únicamente, una combinación del precio y de algunos criterios técnicos o económicos); la estricta prohibición de toda negociación entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas sobre el contenido de sus ofertas; la apertura pública de sus ofertas al término del plazo para su presentación; y la notificación de toda formalidad requerida para la entrada en vigor del contrato adjudicado⁴⁵.

PROCESOS DE SELECCIÓN EN PERÚ

De acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado⁴⁶, son los siguientes:

- Licitación Pública: Se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras.
- Concurso Público: Se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza.
- Adjudicación Directa: Se aplica para las contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público. Puede ser pública o selectiva.
- Adjudicación de Menor Cuantía: Se aplica a las contrataciones que realice la Entidad, cuyo monto sea inferior al límite mínimo establecido por la Ley del Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación pública y concurso público.

PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN CHILE

De acuerdo a la Ley de Compras Públicas⁴⁷, son los siguientes:

- Licitación o propuesta pública: Procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los

⁴⁵ UNCITRAL, Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre contratación de bienes, obras y servicios. Naciones Unidas, 1995.

⁴⁶ Decreto Legislativo N° 1067, modificado por Ley N° 29873° de fecha 01 de junio de 2012.

⁴⁷ Ley N° 19.886 de fecha 29 de agosto de 2003.

interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

- Licitación o propuesta privada: Procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.
- Trato o contratación directa: El procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento.
- Convenio Marco: Procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/ servicios a las entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio. Los bienes y servicios contenidos en estos convenios son previamente licitados y adjudicados por la Dirección de Compras Públicas.

PROCESOS DE ADJUDICACIÓN EN ESPAÑA

De acuerdo al Real Decreto Legislativo 3/2011⁴⁸, son los siguientes:

- Procedimiento Abierto: Se caracteriza por permitir que cualquier empresario interesado pueda presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.
- Procedimiento Restringido: En este procedimiento sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento está prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

⁴⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre de 2011 (última modificación 28 de setiembre de 2013).

- **Procedimiento Negociado:** Es aplicable en supuestos expresamente tasados, donde el órgano de contratación efectúa consultas con diversos contratos, negociando sus condiciones con los licitadores. Dado que se trata de un procedimiento en el que existe cierto riesgo para los principios de contratación (arbitrariedad, ineficiencia del gasto público), no sólo se exige el cumplimiento de alguno de los supuestos de hecho previsto en la Ley, sino que también requiere solicitar ofertas a un mínimo de tres empresas capacitadas. De igual manera, se prohíbe cualquier trato discriminatorio o que pueda dar ventajas a alguno de los licitadores.
- **Diálogo Competitivo:** El diálogo competitivo es un procedimiento pensado para la celebración de contratos de una complejidad tal, que el órgano de contratación no puede definir con claridad los medios requeridos para satisfacer sus necesidades. En tales casos, el órgano de contratación selecciona a un grupo de candidatos de entre las solicitudes recibidas, para dirigir un diálogo entre ellos conducente a discernir una o varias opciones posibles, y a establecer las bases para que dichos candidatos presenten sus ofertas.
- **Concurso de Proyectos:** El concurso de proyectos es un procedimiento dedicado a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos. Tras la licitación, un Jurado independiente emite un dictamen con el proyecto o proyectos seleccionados. Tras ello, el órgano de contratación adjudicará el contrato. Si la decisión del órgano de contratación se separa del dictamen del Jurado, habrá de incluirse la correspondiente motivación.

2.6. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El gran revuelo que generan los numerosos escándalos relacionados con las adjudicaciones de contratos públicos de todo tipo pone en evidencia la correlación entre el fenómeno de la corrupción y este tipo de decisiones de importante trascendencia sobre el beneficio empresarial privado.

En el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración Pública, opera la toma de decisiones por las autoridades competentes, las cuáles en el ámbito público deben encontrarse sustentadas en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, a fin de satisfacer los intereses generales⁴⁹. Dentro de este ámbito, el problema se origina cuando la decisión deja ser imparcial en razón a la presión de determinados intereses privados que pretender verse beneficiados con tal elección⁵⁰, lo cual trastoca las reglas de las contrataciones públicas, debido a que el contratista adjudicado puede no representar la mayor calidad o el menor costo, o bien ni siquiera cumpla los requisitos establecidos en la Ley, trayendo como consecuencia una disminución de la eficiencia en la asignación de los recursos públicos⁵¹.

Así tenemos que, las decisiones corruptas en la CP suelen coincidir con las distintas modalidades de los delitos de tráfico de influencias, o de cohecho, el cual generalmente consiste en el cobro de comisiones a cambio de la adjudicación de contratos a determinadas empresas; comisiones que terminan en poder y disposición del funcionario público, o se emplean en la financiación ilegal de partidos políticos, un problema endémico íntimamente asociado a la corrupción en la contratación administrativa. Por lo que, no resulta posible considerar corrupción a cualquier irregularidad en la CP. Así, ni la arbitrariedad, ni la desviación de poder, ni la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos -mucho menos las anulabilidades o meras irregularidades formales- coinciden en todo caso con las prácticas de corrupción. En tal sentido, es posible definir que se configura la corrupción en la CP *"cuando el interés personal de quien toma decisiones en el ámbito público sustituye la objetividad en el ejercicio del poder, con el fin de lucrarse personalmente o enriquecer a una organización, ora una empresa privada, ora un partido político, afín al sujeto que se aprovecha de su posición"* (Rivero Ortega: 2004, pág. 110- 111).

⁴⁹ Ferré, J. (2002): Conferencia inaugural correspondiente a las "Jornadas sobre asistencia mutua en la lucha contra los delitos financieros, fraude y corrupción". Proyecto Grotius II Penal, Salamanca.

⁵⁰ Velarde J. : "Corrupción: realidad económica y control fiscalizador" en RECE N° 3, pág. 41 y ss.

⁵¹ Rezzoagli, B.(2005). "Corrupción y Contratos Públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas". Págs. 56 -57. Ratio Legis, Salamanca .

3. CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

3. CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

3.1. ORGANISMOS INTERNACIONALES DEDICADOS A VELAR POR LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El proceso de compras y contrataciones estatales ha venido enfrentando una serie de retos que ponen en cuestión su funcionamiento. A pesar de la incorporación de mecanismos menos regulados y competitivos, la desconfianza en la gestión de adquisiciones públicas se profundiza. Así, la gestión de las adquisiciones públicas ha sido y es un tema de primera prioridad para los gobiernos. La proporción de las compras y contrataciones al sector privado en los presupuestos públicos es muy relevante y creciente; la eficacia y eficiencia de las mismas son fundamentales para el logro de los objetivos de la función pública. En este contexto, los procesos de globalización e integración suponen una necesidad imperiosa de poner a los países en competencia con las condiciones que se ofrecen a nivel de los mercados de bienes y servicios que se verifican a nivel internacional. Entonces un proceso de adquisiciones públicas eficiente juega un papel fundamental en la determinación de la competitividad a nivel internacional⁵².

Así, esta realidad es preocupación de organismos internacionales, entre los cuales destacan⁵³:

a) La Organización Interamericana de Instituciones de Contratación Pública (OIICP)

Como su objetivo se encuentra la intención de integrar en un ente de trabajo especializado en materia de CP, las experiencias de los países en materia de adquisiciones y contrataciones, para armonizar los sistemas y aprovechar las oportunidades que brindan los procesos de apertura e integración de mercados, especialmente en CP, para impulsar la participación de las empresas nacionales en otras

⁵² Con relación a la importancia que ha adquirido la CP en las reformas a la administración pública en América Latina (Avilés, L.: 2007) sugiere respecto a la experiencia de Chile que la CP se incorpora a una perspectiva de política de Estado.

⁵³ Avilés, Luis. Ob cit.

economías. La OIICP trabaja sobre la base de puntos de interés común: principios de eficiencia, eficacia, acceso justo y transparencia en la CP, capacitación y especialización en materia de compras públicas, satisfacción de demandas sociales, mejoramiento de los procesos de gestión pública, prevención de la corrupción, optimización del gasto público, ejercicio efectivo del control social.

b) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

Con su política sobre el fraude y otras prácticas corruptas que forma parte de su función corporativa y trabaja estratégicamente con otros interesados en la rendición de cuentas, como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), donantes bilaterales, el sector privado, el mundo académico y otras organizaciones internacionales.

c) Unión Europea (UE)

La Unión Europea sobre las adquisiciones públicas ha adoptado una serie de normas con disposiciones que permiten a las autoridades encargadas de los contratos excluir a empresas o compañías que exhiben comportamientos dolosos o aplican prácticas corruptas o fraudulentas. La Convención para la lucha contra la corrupción de funcionarios de las Comunidades Europeas, fue aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997 y dispone que todos los Estados miembros deben tipificar como delito la corrupción activa y pasiva cometida por funcionarios de la Unión y por funcionarios públicos de sus Estados miembros, o contra ellos, independientemente de que haya intereses financieros de la Unión.

d) Comisión Económica para Europa (CEPE)

La CEPE ha emitido 26 recomendaciones para simplificar y armonizar los procedimientos del comercio. Su objetivo principal es facilitar las transacciones internacionales mediante la simplificación y armonización de los procedimientos y las corrientes de información, contribuyendo así al crecimiento del comercio mundial. Para que los operadores comerciales puedan ser eficientes, hay que eliminar las barreras de

procedimiento del proceso de intercambio y hay que normalizar los requisitos de información.

e) Organización de los Estados Americanos (OEA)

El 29 de marzo de 1996, la Conferencia Especializada de la Organización de los Estados Americanos contra la Corrupción aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción. El instrumento entró en vigor el 4 de marzo de 1997. Ha propuesto leyes modelo relativas al enriquecimiento ilícito y el soborno transnacional que pudieran utilizar los Estados miembros.

f) Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

La OCDE ha dedicado gran parte de sus actividades a la cuestión del soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, financiando con el FMI proyectos encaminados a crear y reformar instituciones. En 1997, el Consejo de la OCDE aprobó la Recomendación revisada para combatir el soborno en las transacciones comerciales internacionales. Esa Recomendación, establece obligaciones específicas con respecto a la tipificación de delitos, la imposición fiscal, la rendición de cuentas, las auditorías externas y las adquisiciones públicas, incluidos los contratos financiados mediante asistencia para el desarrollo.

La Convención permitiría a los Estados miembros de la OCDE y otros Estados actuar de manera coordinada para adoptar legislación nacional que tipifique como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros.

g) El Fondo Monetario Internacional (FMI)

Las normas de contrataciones vigentes en los organismos internacionales de créditos han incluido cláusulas vinculadas con la transparencia, particularmente definiendo las figuras de fraude y corrupción. Es en esa línea que como "práctica corrupta" incluyen al ofrecimiento, suministro, aceptación o solicitud, directa o indirecta, de cualquier cosa de valor con el fin de influir en la actuación de un funcionario público con respecto al proceso de contrataciones o a la ejecución del contrata. Uno de los objetivos que tiene el FMI para los países en desarrollo, es fortalecer su gobernabilidad, crear un buen clima

para la inversión, construir sistemas financieros y legales transparentes y combatir la corrupción.

h) Transparencia Internacional (TI)

Organización no gubernamental sin fines de lucro, fundada en Berlín en 1993 para contrarrestar la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Proporciona insumos y asistencia a la labor de varias organizaciones intergubernamentales, incluidas las Naciones Unidas, el BM, el FMI, la OEA y la OCDE (en particular su grupo de trabajo sobre el soborno internacional).

Uno de los ejes principales del trabajo de TI es incrementar el acceso a la información y la comprensión de la necesidad de mayor transparencia en los Gobiernos.

i) El Banco Mundial (BM)

Ha identificado a la corrupción como "el mayor obstáculo importante al desarrollo económico y social", porque reduce sus tasas de crecimiento económico. La política contra la corrupción busca combatirla desde cuatro frentes : 1) Ofrecer asistencia a países que pedían ayuda para reducir el nivel de corrupción, 2) Convertir los esfuerzos contra la corrupción en un objetivo clave del análisis del Banco y las decisiones de financiamiento para un país, 3) Contribuir en los esfuerzos de lucha contra la corrupción a nivel internacional, y; 4) Luchar para impedir el fraude y la corrupción en proyectos financiados por el Banco.

j) El Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

Propone que la reforma del Estado en América Latina y el Caribe debe incluir medidas para aumentar la eficiencia y la transparencia en los procesos de compras y contrataciones del sector público, a fin de cerrarle el paso a la corrupción y fortalecer la credibilidad de los gobiernos democráticos.

3.2. LA EXPERIENCIA DE ESPAÑA

3.2.1. CONTEXTO GENERAL SOBRE LA TRAYECTORIA DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011⁵⁴ -TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

En este subcapítulo iniciamos el trabajo propiamente descriptivo comparativo sobre la normativa de la CP y su relación con el fenómeno de la corrupción en los tres países que previamente fueron seleccionados. En especial en este subcapítulo desarrollamos el análisis sobre la Ley de CP en España, para lo cual aplicamos la propuesta metodológica que se formuló en el capítulo introductorio. A través de relacionar factores y elementos configuramos una matriz articuladora que nos permitió llevar a cabo esta análisis con el fin de hallar posibles explicaciones del porqué en algunas normativas de la CP se ha logrado inhibir o desarticular prácticas de corrupción en dicha área. En este sentido, estudiar la CP en España como integrante de la Unión Europea, nos aportó algunas vertientes a considerar respecto de un modelo de diseño normativo y de políticas que obedece a una estructura supranacional, y de cómo este sistema con su propia evolución ha mantenido una influencia en el desarrollo de la normativa en distintos países latinoamericanos.

Así, el análisis respecto de la Ley de contratos del sector público en España se realizó en virtud a los puntos que conforman la matriz articuladora: 1) Descripción normativa y conceptual de la Licitación Pública; 2) Identificación de las características de los factores de gobernanza; 3) Identificar las medidas de combate a la corrupción; y, 4) Conclusiones con un acercamiento comparativo. Para llevar a cabo el estudio se eligió la Ley de Contratos del Sector Público -Real Decreto Legislativo 3/2011 (Ley 2011). En dos partes se divide este análisis; por un lado, se desarrollará un contexto general sobre la trayectoria de la Ley 2011; y por otro lado, se analizará la misma con base en la matriz articuladora.

⁵⁴ Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011 -en vigencia desde el 16 de diciembre de ese mismo año.

Hemos considerado para el caso España incluir las disposiciones posteriores a la Ley de 2011, en virtud de que el proceso de reformas en España ha seguido una trayectoria mucho más lenta con respecto de otros países miembros, que le ocasionaron sanciones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De igual forma consideramos que la importancia de la nueva Directiva de CP dictada en enero de 2014, radica en el énfasis que se pone al principio de integridad en el marco de la lucha contra la corrupción.

3.2.1. CONTEXTO GENERAL SOBRE LA TRAYECTORIA DE LA LEY DE 2011

Por qué se eligió esta Ley. Porque la Ley de Contratos del Sector Público -Real Decreto Legislativo 3/2011 (Ley 2011) es la norma más actualizada al momento de realizar esta análisis de acuerdo a las Directivas de la Unión Europea⁵⁵. Así, la elaboración de la Ley de 2011, tiene su origen en la autorización contenida en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible⁵⁶, pero, además, se hacía conveniente debido a dos factores orientados a reafirmar la seguridad jurídica: 1) Por un lado, la Ley 30/2007 ha sufrido, desde su aprobación, diversas modificaciones que al dar nueva redacción a determinados preceptos e introducido nuevas disposiciones, justifican la necesidad de reorganizar en un solo texto los nuevos preceptos, incorporando todos estos cambios, y 2) Por otro lado, la existencia de disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos, íntimamente relacionadas con los preceptos que regulan los contratos a los que se refieren, aconsejaba también la elaboración de un texto único. Como consecuencia de todo ello, se han integrado en un solo texto todas las disposiciones aplicables a la contratación del Sector Público,

⁵⁵ Según el Punto I de la Exposición de Motivos de la derogada Ley de Contratos del Sector Público -Ley 30/2007: "Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias".

⁵⁶ Ley 2/2011 de 4 de marzo -Ley de Economía Sostenible.

debidamente aclaradas, armonizadas y, en su caso, corregidas, haciendo necesario ajustar la numeración de los artículos, y las remisiones y concordancias entre ellos⁵⁷.

Entre sus características principales se tiene⁵⁸:

1. La principal novedad de esta normativa frente a la antigua Ley es la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos, así tenemos: a) Por una parte, en materia de contrato de concesión de obras públicas, se han integrado en la nueva norma las disposiciones sobre financiación contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁵⁹, el cual queda derogado, y 2) Por otra, se añade un apartado referido al impulso a la eficiencia en la CP y la financiación de la colaboración público-privada.
2. Se derogan todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la misma⁶⁰.
3. Integrar en un texto único todas las modificaciones introducidas a la anterior Ley de Contratos del Sector Público⁶¹, a través de diversas Leyes modificatorias de la misma.
4. Se considera como Administración pública a los órganos constitucionales del Estado y los órganos legislativos y de control autonómicos, y a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco.
5. Se amplía el ámbito subjetivo de los posibles contratantes, no solo a una Administración pública, sino también a “una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas”.

⁵⁷ Ver: <http://www.espublico.com/especiales/contratos/especial/contratos/especial.htm>

⁵⁸ Ver: <http://www.diariojuridico.com/principales-cambios-introducidos-por-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico/>

⁵⁹ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000.

⁶⁰ Se derogan lo siguientes dispositivos legales:

1. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
2. El Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.
3. La disposición adicional séptima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del contrato de Concesión de Obras Públicas.
4. El artículo 16 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.
5. Los artículos 37 y 38 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁶¹ Ley de Contratos del Sector Público Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Cuál es el contexto explicativo de la Ley. Según lo hemos señalado anteriormente, la Ley de 2011⁶² -"Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público" de España, es el resultado de las sucesivas modificaciones de la anterior Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007) así como también de la existencia de otras normas en materia de financiación privada para la ejecución de contratos públicos que se encontraban incluidas en otros textos legislativos, pero de indudable relación con los preceptos que regulan los contratos a que se refieren, por cuanto se hizo necesario la elaboración de un texto único en el que se incluyan debidamente aclaradas y armonizadas, todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público⁶³.

Todo ello con la finalidad de dar cumplimiento al objetivo de la normativa de CP en España, que según indica el artículo 1º de la Ley de 2011, es garantizar que la contratación del sector público se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Todos estos principios se materializan en la necesidad de una contratación transparente en todas las fases del proceso de compra⁶⁴.

En tal sentido, como antecedente inmediato de la Ley de 2011, se tiene a la anterior Ley de Contratos del Sector Público -Ley de 2007, la cual indica en su Exposición de Motivos que hasta el momento de su puesta en vigencia, las reformas de la legislación de contratos que se sucedieron desde 1986 fueron el resultado del planteamiento de la Ley de Contratos del Estado cuyo modelo de regulación se fue asumiendo por los diferentes textos legales sin ser objeto de un cuestionamiento de fondo, así la normativa de contratos del sector público fue diseñada alrededor del

⁶² En vigencia desde el 16 de diciembre de 2011

⁶³ Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. pág. 1.

⁶⁴ Vázquez; F. (2012): "La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública". Ver: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/relicategoria.121/reلمenu.3/chk.197449cc92600ed0a6d22b3a98431ebd>

contrato de la Administración Pública (ya sea esta únicamente la Administración General del Estado, como en la Ley de 1965, o ya se entienda el concepto en un sentido más amplio, como comienza a apuntarse a partir de 1986 y se consagra de forma abierta a partir de 1995) y, más específicamente, en torno al contrato administrativo de la Administración Pública. Así, la necesidad de pautar la contratación de otros sujetos -ya fuese por determinaciones de derecho comunitario, cuyas disposiciones en la materia se aplican a otras entidades del sector público o incluso a sujetos de derecho que se encuentran fuera de él o por razones de política legislativa interna, con el fin de cerrar las normas sobre contratación del sector público -se solventaban en este modelo bien mediante la extensión parcial de esa regulación a ciertos contratos sujetos a las disposiciones comunitarias, bien mediante la declaración de sometimiento de los restantes contratos del sector público a ciertos principios que debían presidir su adjudicación. Por lo expuesto, la Ley de 2007 adoptó un enfoque separándose de sus antecedentes, que se basaba en una estructura bipolar construida alrededor de una "parte general" compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una "parte especial", en la que se recogían las peculiaridades del régimen jurídico de los contratos administrativos "típicos"⁶⁵.

De otra parte, podemos resaltar el hecho que el contexto normativo enfocado a la lucha contra la corrupción en España se ha visto influenciado directamente y ha sido adaptado a la normatividad supranacional anticorrupción a la que se ha adherido, así los principales convenios e instrumentos internacionales contra la corrupción son: La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁶⁶, Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁶⁷, Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales⁶⁸, Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la corrupción⁶⁹, Protocolo Adicional al Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción⁷⁰ y Convenio Civil del Consejo de Europa sobre la corrupción⁷¹.

⁶⁵ Punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007 -Ley de Contratos del Sector Público.

⁶⁶ En vigencia desde el 19 de julio de 2006.

⁶⁷ En vigencia desde el 29 de setiembre de 2003.

⁶⁸ En vigencia desde el 04 de marzo de 2000.

⁶⁹ En vigencia desde el 01 de setiembre de 2010.

⁷⁰ En vigencia desde el 01 de mayo de 2011.

No obstante lo expuesto, en el ámbito de la CP, la corrupción ha estado presente con fuerza desde hace mucho tiempo. Sólo cabe recordar cómo la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su exposición de motivos, ya reflejaba la necesidad de garantizar plenamente la transparencia, término que se utilizó de forma eufemística para eludir el concepto “corrupción”. Después de casi 18 años, decenas de modificaciones, una nueva ley y dos textos refundidos, se sigue hablando de falta de transparencia, y por tanto de corrupción en la CP. La normativa contractual actual, aunque no exenta de problemas, es amplia y detallada en muchos puntos, y los sistemas de control interno, intervención general, y externo OCEX, han detectado un sinnúmero de irregularidades en sus actividades revisoras. Así, como ya se ha indicado anteriormente, el ordenamiento jurídico dispone actualmente de diversos mecanismos protectores de la CP: el control de legalidad de la jurisdicción contenciosa, la responsabilidad penal, disciplinaria, contable, y de forma derivada la acción de regreso por responsabilidad patrimonial. No obstante vistos los resultados parece que no son suficientes o bien poco eficaces⁷².

3.2.2. ANÁLISIS DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LEY 2011)

El análisis se basó en situar/identificar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 de España, de qué manera se relaciona la Licitación Pública con los factores de gobernanza de las políticas y el contexto de su implementación. Realizar este tipo de interacción entre los elementos se realiza con el fin de dilucidar su posible correlación con el fenómeno y prácticas sobre la corrupción.

Cabe señalar que, según lo expuesto en nuestro marco teórico, los procedimientos de adjudicación (selección) en la CP española de conformidad con la normativa de la Unión Europea, son: Abierto, Restringido, Negociado y Diálogo Competitivo. En este

⁷¹ En vigencia desde el 01 de abril de 2010.

⁷² Madariaga, A. (2013): "Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública". Observatorio de Contratación Pública. Ver: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/chk.d81da9753da4f5973cc80361d85e7dca>

contexto, analizaremos el “Procedimiento Abierto” al constituirse en el procedimiento que por sus principales características es el que más se asemeja a la licitación pública.

En ese sentido, de manera adicional al estudio de la Ley, se buscó analizar si su aplicación ha sido acompañada conjuntamente con la implementación de planes, programas o políticas que coadyuven a generar el impacto previsto de la normativa. En tal sentido, el análisis tiene por objeto la *interacción entre el Procedimiento Abierto (elemento clave) y los factores de gobernanza (capacidades directivas, eficacia y profesionalización de la función pública)* y de esta manera poder establecer sus posibles relaciones con la corrupción.

1. Descripción normativa y conceptual del Procedimiento Abierto.

Sobre este aspecto, no se aprecia variación entre lo dispuesto en la derogada Ley de Contratos del Sector Público de 2007 en el inciso 2 de su artículo 122° y lo indicado en la actual Ley de 2011, que en el inciso 2 del artículo 138° sobre los *Procedimientos de Adjudicación* señala: "La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el *procedimiento abierto* o el procedimiento restringido". Asimismo, en cuanto a la definición del procedimiento abierto, tanto la Ley de 2007 en su artículo 141° como la Ley de 2011 en el artículo 157° indican lo siguiente: "*En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores*". Asimismo, en los artículos 158°, 159°, 160° y 161° de la Ley de 2011, se detallan las características principales del procedimiento, como son: 1) Información a los licitadores (publicidad), 2) Plazo para la presentación de proposiciones, 3) Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y 4) Adjudicación.

Es de apreciarse en esta Ley que, tanto la definición como las características del Procedimiento Abierto se ubican sistemáticamente en una serie continuada de artículos de cuyo contenido en su conjunto es posible advertir la presencia de los elementos y principios que caracterizan al principal mecanismo que de manera general utilizan todos los regímenes legales para que su Administración realice la selección del particular con el cual contratará, es decir la Licitación Pública. En ese sentido, es posible decir que a

pesar del transcurso del tiempo, se mantiene la estabilidad tanto de la definición como de las características que identifican al procedimiento Abierto, lo cual no solo brinda seguridad jurídica tanto al sector público como privado, sino que también genera que la gestión del conocimiento y especialización en materia de CP, se afiance y extienda.

En términos doctrinales la Licitación pública según Dromi (1997, pág. 323) es "Un proceso administrativo por el cual la administración efectúa convocatoria pública para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con sus funciones" y la UNCITRAL recomienda una serie de criterios a observar para la licitación: 1. convocatoria pública abierta a todos los proveedores o contratistas; 2. pliego de especificaciones que contiene todas las condiciones del bien, servicio u obra que requiere la administración; 3. la administración se abstenga de realizar acuerdos con los proveedores fuera del contexto del proceso; 4. presentación de ofertas basadas en el pliego de especificaciones; y, 5. apertura del proceso y selección del ganador en acto público⁷³.

De la comparación de la definición de licitación pública de la doctrina con la delimitación del concepto de Procedimiento Abierto de la Ley de 2011⁷⁴, es posible decir que sólo se identifican dos de las características señaladas en la doctrina; sin embargo, no por ello la definición se encuentra incompleta, puesto que las demás características principales se ubican en la misma sección en que se define a dicho procedimiento.

De lo expuesto, el concepto normativo del procedimiento Abierto en la Ley de 2011, no incorporó cambios respecto del contenido en la derogada Ley de 2007.

2. Identificación de las características de los factores de gobernanza presentes en la Ley de 2011 y su correlación con la implementación de políticas que favorecen su aplicación en el Procedimiento Abierto.

Hemos señalado en el inicio de este capítulo que las reformas más recientes al marco normativo de la CP en España respondía a los criterios y estándares que establecía el

⁷³ UNCITRAL, Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre contratación de bienes, obras y servicios. Naciones Unidas, 1995.

⁷⁴ Que se encuentra en el artículo 157º de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

régimen jurídico supranacional de la Unión Europea, principalmente porque ello constituía entre otras razones un medio para combatir las prácticas de corrupción en la CP. Como quedó establecido denominamos a esos criterios supranacionales factores de gobernanza para las políticas, y es precisamente en el cuerpo de la Ley de 2011 en lo tocante al Procedimiento Abierto, donde tratamos de identificar aquellos artículos que se aproximaron a algunas de las dimensiones que componen dichos factores⁷⁵: capacidad directiva, eficacia y servicio civil de carrera. Los artículos que en alguna medida se correlacionan con nuestro análisis fueron: 1°, 22°, 41°, 51°, 109°, 110°, 199°, 316°, 320°, 321° y 323°.

• FACTOR CAPACIDAD DIRECTIVA

Una de las tendencias más relevantes en el espacio supranacional de la Unión Europea es promover para las actuaciones públicas de los países miembros un *governar por gobernanza*. Este modo de gobernar hemos visto pone interés en el proceso y las capacidades directivas⁷⁶. En este sentido presuponemos que en la Ley 2011 de CP se incorporan precisamente elementos afines con el proceso directivo en tanto factor de gobernanza. Sin embargo, también hemos venido comentando que se buscaba ir más allá del análisis de la Ley, de alguna manera buscamos contrastar con programas, planes o políticas públicas en materia de CP, de qué forma se habían incorporado los factores de gobernanza previstos en la Ley en dichas políticas. Es decir, conforme a las fuentes consultadas las reformas a la CP estuvieron pensadas para intentar inhibir prácticas relacionadas con el fenómeno de la corrupción, de ahí que gobernar en gobernanza implicaba para el proceso directivo de la CP un contexto favorecido por los estándares internacionales de tal manera que la Ley contara con un clima y condiciones favorables para su implementación. No obstante ello, no tuvimos la oportunidad de contar con los programas o políticas, así que el análisis se tuvo que limitar con mucha imaginación

⁷⁵ En la matriz articuladora que desarrollamos en la propuesta metodológica hacemos mención de estos factores de gobernanza de las políticas: **Capacidades directivas**: a) Procedimientos y prácticas (decisiones financieras, estratégicas, normativas, de innovación de procesos y productos); b) Alta dirección; c) Proceso directivo; y, d) Eficiencia de la administración pública. **Eficacia**: a) Medidas; b) Eficaces y oportunas; c) Objetivos claros (definidos por la evaluación de su impacto y experiencia acumulada); d) Producen resultados buscados. **Servicio Civil de Carrera (o Profesionalización de la función pública)**: a) Conjunto de reglas (jurídicas e instrumentales); b) El Estado selecciona personal (aptitudes y actitudes); c) Desempeño eficiente de sus actividades; d) Garantizar profesionalidad y objetividad de los funcionarios; e) Respeto de principios de igualdad, mérito y capacidad.

⁷⁶ En la sección metodológica desarrollamos con mayor detalle esta perspectiva.

relacional al marco de la Ley 2011 de CP. Hemos de advertir que no buscamos establecer relaciones causales entre factores de gobernanza de la CP y corrupción. Antes bien, en esto hemos insistido, el alcance de nuestro objetivo se fue reforzando conforme avanzamos en este trabajo, este tenía como alcance el identificar en la Ley la presencia de los factores de gobernanza y de qué manera estaban articulados a manera de gobernanza: interacciones estratégicas, vertebración de competencias, procesos y recursos en juego y calidad de las decisiones.

Al respecto, la mencionada Ley contiene la normativa más actualizada en materia de contratos del sector público determinada en concordancia con las Directivas de la Unión Europea⁷⁷. Así, la Ley de 2011 integra de manera regularizada y armonizada, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Por lo que, la Ley objeto de estudio al ser resultado de la normativa supranacional dictada por la Unión Europea, regula procedimientos comunes para la contratación estatal que efectúan todos los países miembros y en ese sentido obliga que a efectos de llevar a cabo su implementación se requiera el desarrollo de capacidades directivas.

En ese sentido, la Ley de 2011 delimita que: "En el *procedimiento* abierto todo *empresario* interesado podrá presentar una *proposición*, quedando *excluida toda negociación* de los *términos del contrato* con los licitadores". Por lo que, la relevancia del procedimiento abierto es que conjuntamente con el procedimiento restringido se constituyen ordinariamente o por regla general en los procedimientos que se encuentra obligada a realizar la Administración para proveerse de la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. En ese sentido, de los diversos ejemplos que se ubican en la normativa, relacionaremos lo expuesto con el contenido de su artículo 51° que respecto de la Competencia para contratar dice: "1. La representación

⁷⁷ Dictadas con anterioridad a la fecha de inicio de su vigencia el año 2011, pues con fecha 28 de marzo de 2014 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación estatal: 1) Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y 3) Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponden a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre, 2. Los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación"; y artículo 41° que sobre la iniciación y contenido del Expediente de contratación señala: "1. La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22° de esta Ley.(...)".

Asimismo, el diseño de las instituciones que conforman la Administración del Estado competentes en el ámbito de la CP es otro factor del proceso directivo que ha influido en la implementación de las actualizaciones de la normativa. Así podemos mencionar que, en dependencia directa de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, se encuentran: 1) La Dirección General del Patrimonio del Estado a la cual le corresponde la administración general de los bienes del patrimonio del Estado y la coordinación de la CP. A esta dependencia se le adscriben los siguientes órganos colegiados interministeriales: a) La Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales, b) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁷⁸; y 2) el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁷⁹.

⁷⁸ Ver: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Patrimonio%20del%20estado/Paginas/Default.aspx>

⁷⁹ En el ámbito de la Administración General del Estado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer y resolver:

a) Los recursos especiales en materia de contratación interpuestos respecto de los actos mencionados en el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo.

b) La cuestión de nulidad en los casos previstos en el artículo 39 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para los contratos sujetos a regulación armonizada y los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la citada Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.

c) Las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (art. 101.1 a).

En cuanto a la transparencia de los procedimientos de CP, la Plataforma de Contratación del Estado (bajo la competencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado) constituye un nodo central de intercambio de información de contratación, que sirve como punto de encuentro virtual entre compradores del Sector Público y licitadores. Para ello, presta los servicios que facilitan el cumplimiento de las obligaciones para los órganos de contratación que establece la ley, ofreciendo además otros servicios adicionales de valor añadido que facilitan el desarrollo del proceso de la adjudicación⁸⁰.

El proceso directivo del gobernar la CP se puede apreciar desde los siguientes puntos:

- a) La CP cuenta con un órgano de gobierno que está encargado de llevar a cabo los procedimientos abierto y restringido que se constituyen en regla general de contratación para la Administración.
- b) Cuenta con un sistema de competencias horizontales y verticales.
- c) Marca ese proceso de gobierno un procedimiento centralizado (eje) para la contratación.
- d) Cuenta con un sistema de publicidad (Plataforma de Contratación del Sector Público) que cumple las funciones de transparencia y control de las contrataciones.

• **FACTOR EFICACIA**

La eficacia cobra cada vez una mayor importancia dentro del modelo de Gobernanza en la Unión Europea. Si bien este concepto alude, por un lado, a la construcción de condiciones óptimas para el logro de resultados e impactos, no es menos cierto que en coordinación con el factor efectividad también hace referencia a lograr resultados e

d) La cuestión de nulidad de los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para los casos previstos en el artículo 109 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

e) Los recursos especiales que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

A medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma.

Estos Tribunales tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 40 del RDLCSP aprobado por Real Decreto Ley 3/2011m de 14 de noviembre interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma.

⁸⁰ Ver: <http://administracionelectronica.gob.es/ctt/place#.U-IJVGODhbU>

impactos en las condiciones imperantes. Si bien esta dualidad se puede encontrar en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea, nos parece que plantea dos aristas a tomar en cuenta, sobre todo si de lo que se trata es de ver de qué manera se vertebra en el cuerpo de la Ley de 2011. Al respecto, en dos artículos de la Ley se hace mención a los elementos característicos de la eficacia y eficiencia, trataremos al ponerlos en perspectiva de dar cuenta si la eficacia como factor de gobernanza está dispuesta como un factor facilitador. Así el artículo 1º con relación al objeto y finalidad de la Ley señala: "La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de *garantizar* que la misma se ajusta a los *principios* de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de *asegurar*, en conexión con el *objetivo* de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una *eficiente utilización de los fondos* destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa(...>"; y el artículo 22º sobre la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación dice: "1.- Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán *celebrar* otros *contratos* que aquellos que sean *necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales*. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las *necesidades* que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser *determinadas* con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, *antes de iniciar el procedimiento* encaminado a su adjudicación. 2.- Los entes, organismos y entidades del sector público *velarán* por la *eficiencia* y el mantenimiento de los términos acordados en la *ejecución de los procesos de contratación pública*, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de CP y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley".

Así podemos correlacionar el factor de gobernanza eficacia tanto en el objeto como en la finalidad de la Ley, que se concretan en la satisfacción de las necesidades de los entes de la Administración mediante la convocatoria de procesos de adjudicación

que valiéndose de *principios* y *medidas* adecuadas para dicho efecto, buscan la idoneidad del contrato y por ende la eficiencia en la contratación.

En ese sentido, es crucial el papel que desempeñan las entidades de sector público durante todas las etapas del procedimiento de contratación para cumplir con el objetivo (estabilidad presupuestaria y control del gasto) y finalidad (eficiente utilización de los fondos públicos) de la Ley de 2011. La potenciación de la eficacia de su función a este respecto requiere de una atención especial a dos elementos dentro de su actuación:

- 1) Garantizar el cumplimiento de los *principios* de la contratación: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.
- 2) La determinación de *medidas* "directrices de actuación" a seguir incluso antes de la convocatoria del proceso como son: definición de las necesidades a satisfacer, respeto a la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Así dentro de este contexto general de la Ley, tenemos que la eficacia se constituye en un factor facilitador de la CP pues las entidades públicas deberán desarrollar su actuación en dicha materia teniendo como referencia dos componentes básicos: 1) La celebración de los contratos que resulten necesarios para el cumplimiento de sus fines, y 2) Resguardar la eficiencia en la ejecución de los procesos de CP.

- **FACTOR SERVICIO CIVIL DE CARRERA**

Dada la importancia de las reformas a la CP sobre todo para efectos de eficacia y combate a la corrupción, el servicio civil de carrera se volvió una pieza central en este entramado. En el proceso de reformas se observa que los avances tecnológicos y la descentralización de competencias generan exigencias nuevas para la gobernanza de la CP. Una mirada comparada permite apreciar que el área de CP es una actividad que se vuelve compleja y de alta especialidad, incluso se llega a hablar que por vía de la CP se prevén comportamientos clave para la política económica de los países.

Bien pues, con relación a este factor, en la Ley de 2011 el inciso 1 de su artículo 41° referido al Órgano competente para la resolución del Recurso de Revisión, indica lo siguiente: "1. En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un

órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Este Tribunal conocerá también de los recursos especiales que se susciten de conformidad con el artículo anterior contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas. A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales. Reglamentariamente podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento o aconseje. Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. El Presidente del Tribunal deberá ser funcionario de carrera de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito, necesario el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.(...)".

En cuanto a la profesionalización de la administración pública en general en España, según Alarcón, J.⁸¹: "El éxito de las políticas de profesionalización de las Administraciones Públicas que, afortunadamente, está generalizado en nuestros días en la mayor parte de los países, ha sido consecuencia de un largo y continuado proceso de avances progresivos y acomodados a la realidad socio-económica y cultural de cada país, y no por la aplicación de una fórmula única, ejecutable de una vez por todas y sin tener en cuenta la receptividad de la sociedad en la que se implanta. La experiencia española se ha caracterizado por ese gradualismo, y así las medidas de profesionalización han acompañado a las distintas y sucesivas normas de reforma y modernización de la Administración que se han producido en los últimos treinta años y que continúan y deberán continuar en el futuro, ya que, en última instancia, la profesionalización de la Administración comporta la permanente adecuación de la misma a las demandas crecientes y cambiantes de los ciudadanos, que es lo que

⁸¹ Alarcón, Juan (2011). La Profesionalización de la Administración Pública en España. Un proceso continuo (en línea). <http://administraciondigital.es/archivos/juan.pdf>.

contar con gestores más especializados, más expertos. Y es que la visión de la CP desde un enfoque estrictamente jurídico ha sido superada, por cuanto la transparencia e integridad, simplificación, eficiencia en la utilización de fondos públicos, objetivos sociales y medioambientales, utilización de medios electrónicos, son desafíos que exigen una profesionalización de los empleados públicos dedicados a la contratación. Así, el garantizar la integridad requiere no sólo conocimientos, sino valores y estándares éticos para evitar conflictos de intereses e impedir la corrupción. Entre los avances en el área de CP que exigen una formación integral (basada en nuevos y mayores conocimientos al gestor de la contratación) así como también un cambio de rol y el desarrollo de nuevas aptitudes y la asunción de valores éticos ante la presencia de nuevas responsabilidades, es posible identificar los siguientes:

- 1) La implementación de objetivos sociales y medioambientales que supone la interacción de diversas disciplinas académicas.
- 2) La novedad del concepto “oferta sosteniblemente más ventajosa” como pieza clave del sistema de contratación estatal.
- 3) Las nuevas tendencias en los procesos de adjudicación de los contratos, con la creación del diálogo competitivo y el énfasis que se pone en potenciar la negociación convirtiendo al procedimiento negociado con publicidad en un procedimiento ordinario.
- 4) El uso de las nuevas tecnologías mediante la contratación electrónica.

3. Identificar las medidas de combate a la corrupción en la Ley de 2011, los planes o programas generales o específicos que se diseñaron para dicho efecto. Asimismo, identificar si se estableció capacidades institucionales y directivas para inhibir y combatir dicho fenómeno.

En este punto se pretendía identificar tanto en la Ley 2011 como en los programas, planes y políticas que de ella derivarán, aquellas medidas de combate a la corrupción e identificar si las capacidades directivas previstas en ambos instrumentos (normas y políticas) habían logrado contribuir en el objetivo de inhibir el fenómeno de la corrupción en la CP. Considerado lo ya dicho, no se buscaba formular una causalidad entre las medidas normativas contra la corrupción y los resultados o impactos obtenidos.

En un principio este objetivo estuvo a la vista, pero en la medida que la información concreta y precisa sobre corrupción en la CP era limitada o nula, prescindimos esta vía y optamos por correlacionar la formulación de las políticas con lo dispuesto en la Ley. Sin embargo, la información sobre planes y programas de combate a la corrupción en la CP era también limitada, no quedando otro camino que con los pocos elementos a la mano plantear las relaciones en cuestión.

En la Ley de 2011, se incorporó como disposición específica para prevenir o inhibir las prácticas de corrupción en la CP lo dispuesto en el artículo 60º que con relación a las Prohibiciones de contratar señala en su inciso 1: "*No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:* a) Haber sido *condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo*".

Sobre las acciones llevadas a cabo por el Gobierno de España con relación al combate a la corrupción a nivel general y específico en el campo de la CP, podemos mencionar el Informe de lucha contra la corrupción de la UE⁸³ sobre la situación de cada Estado miembro y que en el caso de España, señala lo siguiente:

Nivel General

En cuanto al Marco jurídico. La evaluación llevada a cabo en 2011 en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción determinó que España ha implantado en gran parte el marco jurídico penal de lucha contra la corrupción. (...). Más allá del Derecho penal, en 2012 se tomaron medidas

⁸³ Informe de Lucha contra la corrupción de la UE de fecha 03 de febrero de 2014, ver en: <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>

legislativas para reforzar el control sobre el gasto público, incluida una nueva Ley de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que intensificó la disciplina presupuestaria de todos los niveles de la administración e introdujo enmiendas encaminadas a incrementar la transparencia y la supervisión de la financiación de los partidos políticos. Además en diciembre de 2013, se adoptó una Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que representa un importante paso adelante. Estas iniciativas complementan anteriores medidas legislativas, que comprenden una Ley de contratos públicos, una Ley de suelo y una Ley del Estatuto básico del empleado público.

En cuanto al Marco institucional, coerción y sistema judicial. En 1995 se creó en el seno de la Fiscalía General del Estado una Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (FECCO), cuya autonomía y capacidad han sido reforzadas en los últimos años. (...). De acuerdo con los resultados preliminares de un estudio sobre la capacidad y los recursos de que dispone el sistema judicial, presentados por el Presidente del Consejo General del Poder Judicial español en abril de 2013, 1661 asuntos pendientes ante los tribunales se refieren fundamentalmente a delitos financieros y de corrupción, lo que refleja un sólido historial de investigaciones y procesamientos, incluso en casos de alto nivel. Debido a esta considerable carga de trabajo, como ha puesto de relieve el Consejo General del Poder Judicial, el ritmo de los procesos judiciales es, en cambio, bastante lento".

Nivel específico en materia de Contratación Pública.

El Informe señala que, en la encuesta entre empresas del Eurobarómetro sobre la corrupción de 2013, el 83% de las empresas españolas encuestadas (el más alto porcentaje de la UE) consideró que la corrupción estaba muy extendida en la CP gestionada por las autoridades nacionales (media de la UE: 56%) y el 90% (segundo porcentaje más elevado en la UE), en la gestionada por las autoridades locales (media de la UE: 60%). Por lo que, las empresas españolas encuestadas manifestaron que las prácticas más extendidas en los procedimientos de CP eran las siguientes: pliegos de negociados (72%); conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas (79%); licitación colusoria (71%); criterios de selección o evaluación poco claros (72%); y modificación de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (69%). En ese sentido, se indica que estos porcentajes se encuentran entre los más elevados de la UE y que si bien es cierto se deben interpretar dentro del contexto de la crisis económica que afecta a España, no necesariamente se encuentra directamente

relacionados con la corrupción sino que también se constituyen en factores de riesgo que incrementan la vulnerabilidad a la corrupción en los procedimientos de CP.

El Informe subraya que si bien el marco jurídico de lucha contra la corrupción en España es bastante amplio, sigue siendo hoy en día insuficiente, pues existe gran propagación de corrupción política y numerosas deficiencias en los mecanismos de control a escala autonómica y local. Una muestra de ello es la existencia de numerosos procedimientos de investigación por supuestas prácticas corruptas en los procedimientos de CP, que son especialmente elevados en los sectores de la construcción y la recogida de residuos, lo que apunta a un alto riesgo de corrupción en estos dos sectores.

Así, también se menciona al Informe del Tribunal de Cuentas Central de 2012, en el cual se ofrecía una visión general de los principales sectores de riesgo en la CP a nivel regional y local⁸⁴, pues el Tribunal advertía la mala gestión y el control insuficiente a nivel regional, al tiempo que destacaba el creciente número de casos de corrupción que estaban siendo investigados. Evaluó 2,500 contratos adjudicados entre 2006 y 2007, por una cuantía total de 10 millones de euros. Entre las irregularidades más frecuentes detectadas, figuran el fraccionamiento de la cuantía de los contratos con el fin de eludir la CP; los abusos en la tramitación de urgencia de los expedientes, en muchos casos sin justificarse adecuadamente, para eludir requisitos de contratación más exigentes; el uso injustificado de determinadas categorías excepcionales de procedimientos de CP; la falta de criterios de selección; la deficiente fundamentación de las adjudicaciones; las excepciones injustificadas a la obligación de publicar las ofertas; y la insuficiente justificación de las modificaciones de los contratos públicos. Estas prácticas e irregularidades también pusieron de manifiesto un seguimiento desigual si se comparan los mecanismos de control regionales y los del Tribunal de Cuentas Central.

Además, el informe hace mención a un estudio encargado por la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude) sobre corrupción en la CP que afecta a los fondos de la UE que confirmó muchas de las conclusiones del Tribunal de Cuentas a las que se ha hecho referencia⁸⁵.

⁸⁴ Ver: <http://www.tcu.es/uploads/I935.pdf>

⁸⁵ "Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the UE -Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements por an EU -evaluation mechanism in the area of anti-corruption", 30 de junio de 2013, PricewaterhouseCoopers y ECORYS. Entre otros factores de riesgo detectados a

El Informe *concluye* señalando que: "el marco jurídico de la lucha contra la corrupción está bien implantado y la ejecución de la legislación ha mostrado buenos resultados en la investigación de las prácticas corruptas, incluso a altos niveles. El desarrollo urbano y la CP parecen estar entre los ámbitos más vulnerables. Para resolver estos problemas se han promovido reformas legislativas, en particular en lo que se refiere a la financiación de los partidos políticos, la eficiencia de los procedimientos judiciales, el esfuerzo de los mecanismos de control en relación con el gasto público y la libertad de información. Por otra parte las políticas de lucha contra la corrupción y las políticas relacionadas con la integridad pasaron a ocupar el centro del debate público y político.

Y en el Informe se *recomienda*: 1) Tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de Cuentas Central y organismos similares a nivel regional en lo que respecta a las irregularidades en los procedimientos de CP a nivel regional y local, 2) Realizar una evaluación independiente de los grandes contratos de obras públicas y de las decisiones de planificación urbana concluidos durante un período de referencia reciente a escala regional y local, con el fin de identificar los factores de riesgo de corrupción, 3) Difundir buenas prácticas normalizadas sobre CP a nivel regional y local, 4) Aumentar la capacidad del Tribunal de Cuentas Central y de organismos similares a nivel regional para llevar a cabo controles sistemáticos y oportunos de los contratos públicos a nivel regional y local".

3.2.3. EVOLUCIÓN GENERAL DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE EL AÑO 2011 HASTA LA ACTUALIDAD

El marco normativo de la CP en España ha continuado modificándose y adaptándose a las reformas desde su ingreso a la Comunidad Económica Europea en 1986. Así, de acuerdo al "*Libro Verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro de 27 de noviembre de 1996*" aludido por Cerrillo, A. (2014: pág. 81), desde la primera Directiva 71/305/CEE orientada a la abolición gradual de las

novel local y regional cabe destacar la adquisición de las especificaciones técnicas de los licitadores competidores, la falta de controles ex ante eficaces e independientes, la ausencia de una plataforma única para el gran número de perfiles de contratistas y un elevado umbral para contratos de obras y servicios de menor cuantía.

restricciones a las libertades fundamentales hasta las Directivas 2004/18/EC y 2004/17/EC encaminadas a simplificar y modernizar el régimen de la contratación pública así como a introducir la preocupación por las cuestiones medio ambientales y de lucha contra la corrupción, Bruselas ha marcado el desarrollo de la normativa sobre contratación pública, lo cual ha tenido su reflejo en la normativa de CP española.

En ese sentido, la legislación de contratos ha continuado experimentando diferentes modificaciones para adaptarse a las nuevas necesidades de las administraciones públicas en la materia así como para dar respuesta a las nuevas exigencias derivadas del derecho comunitario y de su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aunque, en términos generales, no han supuesto ningún cambio significativo desde la perspectiva de integridad de la contratación pública (Ídem, pág. 87).

Así podemos apreciar que, hasta la actualidad han operado las siguientes modificaciones a la Ley de 2011⁸⁶:

- Orden EHA/3479/2011⁸⁷, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012.
- Corrección de errores de la Ley 2011⁸⁸, se rectifican algunos artículos.
- Ley 17/2012⁸⁹ -Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.
- Real Decreto Ley 4/2013⁹⁰, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
- Ley 8/2013⁹¹, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.
- Real Decreto Ley 8/2013⁹², de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

⁸⁶ Ver: <http://contratodeobras.com/modificaciones-del-texto-refundido-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-trlscsp/>

⁸⁷ Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de diciembre. (BOE 23/12/11. Entrada en vigor el 01/01/2012).

⁸⁸ Publicada en el BOE el 23/12/11.

⁸⁹ Ley de fecha de 27 de diciembre. Publicada en el BOE el 28/12/12. Entrada en vigor el 01/01/13.

⁹⁰ Real Decreto de fecha 22 de febrero. Publicada en el BOE el 23/02/13. Entrada en vigor el 24/02/13.

⁹¹ De 26 de junio. Publicada en el BOE el 27/06/13. Entrada en vigor el 28/06/13.

⁹² De 28 de junio. Publicada en el BOE el 29/06/13. Entrada en vigor el 30/06/13 y corrección de errores (BOE 12/07/13).

- Ley 10/2013⁹³, por la cual se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 15 de diciembre de 2010, sobre fármaco vigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011, sobre la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.
- Ley 11/2013⁹⁴, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo de crecimiento y de la creación de empleo.
- Ley 14/2013⁹⁵, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- Ley 19/2013⁹⁶, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.
- Ley 20/2013⁹⁷, de garantía de la unidad de mercado.
- Ley Orgánica 9/2013⁹⁸, de control de la deuda comercial en el sector público.
- Orden HAP/2425/2013⁹⁹, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 01 de enero de 2014.
- Ley 22/2013¹⁰⁰, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.
- Ley 25/2013¹⁰¹, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.
- Real Decreto Ley 1/2014¹⁰², de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas.
- Ley 13/2014¹⁰³, de transformación del Fondo para la Financiación de los pagos a Proveedores.

En resumen en este período lo más destacable de la reforma se dio en los siguientes aspectos:

⁹³ De 24 de julio. Publicada en el BOE el 25/07/13). Entrada en vigor el 26/07/13.

⁹⁴ De 26 de julio. Publicada en el BOE el 27/07/13. Entrada en vigor el 27/07/2013.

⁹⁵ De 27 de septiembre. Publicada en el BOE el 28/09/13. Entrada en vigor el 29/01/13.

⁹⁶ De 19 de diciembre. Publicada en el BOE el 10/12/13.

⁹⁷ De 09 de diciembre. Publicada en el BOE el 10/12/13.

⁹⁸ De 20 de diciembre. Publicada en el BOE el 21/12/13. Entrada en vigor el 22/12/13.

⁹⁹ Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de diciembre. Publicada en el BOE el 27/12/13. Entrada en vigor el 01/01/14.

¹⁰⁰ De 23 de diciembre. Publicada en el BOE el 26/12/13.

¹⁰¹ De 27 de diciembre. Publicada en el BOE el 28/12/13. Entrada en vigor el 17/01/14.

¹⁰² De 24 de enero. Publicado en el BOE el 25/01/14. Entrada en vigor el 26/01/14.

¹⁰³ De 14 de julio. Publicado en el BOE el 15/07/14. Entrada en vigor el 16/07/14.

- Sobre los avances en cuanto a la transparencia, se observa que se establece la obligación de información por los sujetos incluidos en el ámbito de su aplicación en materia de contratación pública. Se establecen medidas para: a) incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas; b) reconocer y garantizar el acceso a la información, regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo; y c) establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento (responsabilidades administrativas).
- En cuanto a la garantía de la unidad de mercado, se propone: a) facilitar la competencia y dar lugar a la inversión para favorecer el crecimiento y la creación de empleo, al permitir un mayor dimensionamiento de las actividades productivas y una reducción de costes; y, b) garantizar a los consumidores y usuarios un mayor acceso a productos y servicios de calidad, reforzando los mecanismos de cooperación y colaboración interadministrativa entre los organismos de control, e impulsando el uso voluntario de normas de calidad.
- Se cambia la denominación de la Plataforma de Contratación del Estado, que pasa a denominarse "Plataforma de Contratación del Sector Público" y se amplía las publicaciones que han de realizarse en esta plataforma, en clara sintonía con la obligación de transparencia en los contratos que impone la nueva Ley de Transparencia.
- Se incorpora una serie de acciones, medidas preventivas, correctivas y coercitivas destinadas a garantizar el cobro por los proveedores. Se introduce el periodo medio de pago como expresión del volumen de la deuda comercial, de manera que todas las Administraciones Públicas, en aplicación del principio de transparencia, deberán hacer público su periodo medio de pago, y se avanza en su reducción mediante un sistema estructural, progresivo y automático de medidas.

3.2.4.LAS NUEVAS DIRECTIVAS DICTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA Y SU IMPACTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

1. ANTECEDENTES

A decir de Cerrillo (Ob. Cit.: págs.81-82), desde la perspectiva de la integridad en la contratación, la contribución de la normativa comunitaria en materia de CP se ha centrado prácticamente de forma exclusiva en la regulación de la preparación y la adjudicación de los contratos públicos con el fin de garantizar la transparencia de los procedimientos de adjudicación, la igualdad entre los licitadores y la apertura a la competencia de los procedimientos de adjudicación de los contratos y los criterios de solución que pueden aplicarse. Al respecto, según ha destacado la propia Comisión, el establecimiento de estos principios y normas en materia de CP puede tener una incidencia significativa en la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción. Así en el "*Libro Verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro de 27 de noviembre de 1996*" se afirmaba que:

"los procedimientos de contratación justos, transparentes y no discriminatorios, así como la posibilidad de que los contratistas puedan defender sus derechos ante los tribunales nacionales, reducen el riesgo de fraude y corrupción en las administraciones". Asimismo, la Comisión mantiene que "una adjudicación de contratos públicos limpia, no discriminatoria y transparente reduce el peligro de fraude y corrupción en las administraciones". También observa que "si la transparencia no basta por sí sola para erradicar totalmente el fraude y la corrupción, un mecanismo de seguimiento y control de los procedimientos con capacidad sancionadora, proporcionada, efectiva y disuasiva ayuda a prevenir el riesgo de perjudicar el interés público. Ha de hacerse notar que, en relación con el problema del fraude y la corrupción, existen instrumentos que crean los niveles de protección adecuados cuando los fondos comunitarios entran en juego, y que podrían servir como elementos de reflexión útiles para un debate más profundo".

Posteriormente, en el año 2004 la Unión Europea dictó la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, con el objetivo de refundir en un único texto las diferentes normas comunitarias en la materia y dar respuesta a las nuevas necesidades planteadas en materia de CP como, por ejemplo, por la incorporación de los medios electrónicos o las

políticas sociales y medioambientales e introducir nuevos mecanismos como el diálogo competitivo y los acuerdo marco, además de definir los nuevos umbrales (Ídem: pág. 87-88). Esta Directiva fue la que inspiró la Ley de Contratos del Sector Público del año 2007¹⁰⁴ y posteriormente la promulgación de la actual Ley de CP de 2011.

No obstante lo expuesto, la Comisión Europea entendió que para la consecución de los objetivos fijados por la agenda EU2020 era necesario avanzar en unas nuevas Directivas de Contratación Pública, por lo que en diciembre de 2011, la Comisión Europea presentó una Propuesta de Directiva en materia de CP, que proponía como objetivo lograr lo siguiente¹⁰⁵:

- Aumentar la eficiencia de la CP
- Flexibilización de los procedimientos de contratación
- Conseguir ahorros públicos
- Mejorar la integridad en los procedimientos de contratación y la gobernanza de la CP
- Incrementar la transparencia y la competitividad
- Ayudar a las PYMES a participar en los procesos mejorando su acceso en los mercados
- Estimular la innovación a través del uso estratégico de la CP
- Aumentar la CP transfronteriza
- Evitar conflictos de interés, favoritismo y corrupción.

Cabe señalar que, según Cerrillo (Ob. Cit.: pág. 93) en la Propuesta de Directiva se proponía abordar cuestiones que no habían sido tratadas convenientemente como la corrupción y el favoritismo en el marco de lo previsto en el Programa de Estocolmo sobre una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano de 2 de diciembre de 2009.

Así, entre 2012 y 2013 diferentes propuestas fueron intensivamente discutidas en el Parlamento y el Consejo Europeo. Finalmente se alcanzó un acuerdo entre las instituciones europeas y nuevas Directivas fueron aprobadas el pasado 15 de enero de

¹⁰⁴ Ley 30/2007 de 30 de noviembre- Ley de Contratos del Sector Público.

¹⁰⁵ Ver: <http://www.licitacionelectronica.es/nuevas-directivas-europeas-de-contratacion-publica/>; y Cerrillo, A. (Ob. Cit.: pág. 93).

2014 por amplia mayoría. Estas nuevas Directivas incluyen importantes avances en la modernización de los procesos de contratación pública, entre las que destacan: a) la simplificación de los procedimientos de contratación, b) favorecer una mayor participación de las PYMES en dichos procedimientos; y, c) la imposición del uso de medios electrónicos en la gestión de los concursos públicos¹⁰⁶.

Las Directivas que se han aprobado son las siguientes:

- Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión
- Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública
- Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Es preciso mencionar que, las dos primeras directivas están relacionadas con la Ley de CP de 2011 y la tercera directiva con la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Los plazos que los países miembros deben tener en cuenta respecto de la adaptación de sus normativas de CP respecto de las nuevas Directivas, son los siguientes:

Año 2014: Se publican las Directivas en el Boletín Oficial de la Unión Europea.

Año 2016: Fin del período de transposición de las Directivas. Adopción obligatoria de la notificación electrónica y el acceso online a los pliegos

Año 2017: Presentación de ofertas electrónicas obligatorias para los procedimientos de todas las Centrales de Contratación.

Año 2018: Licitación electrónica completamente obligatoria para todas las entidades públicas de todos los estados miembros.

¹⁰⁶ Ver: <http://www.economia3.com/2014/04/13/22650-nuevas-directivas-sobre-contratacion-publica/>

2. IMPACTOS DE LA NUEVA DIRECTIVA 2014/24/UE. SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

• IMPACTOS GENERALES DE LA NUEVA DIRECTIVA EN EL CAMPO DE LA CP¹⁰⁷

Entre los *impactos generales de la normativa en el campo de la CP*, podemos mencionar:

1. Mejor relación calidad-precio

- De acuerdo a los nuevos criterios de adjudicación previstos en las Directivas, las autoridades públicas podrán dar prioridad a la calidad, consideraciones medioambientales, aspectos sociales o a la innovación, sin olvidar el precio ni los costes del ciclo de vida del objeto de la licitación.

2. Menos burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES

- El proceso de licitación para las compañías será más simple, con un documento único europeo de contratación pública basado en declaraciones del propio empresario, lo que permitirá que sólo el adjudicatario deba proporcionar la documentación original.
- Las nuevas normas también incentivarán la división de los contratos en distintos lotes para facilitar la participación de las PYMES.

3. Soluciones más innovadoras

- Las nuevas “asociaciones para la innovación” permitirán a las autoridades públicas abrir licitaciones para problemas específicos sin anticipar la solución de los mismos, lo que deja margen a la autoridad contratante y al licitador para que propongan ellos mismos los remedios.
- Se contribuye a la innovación en la gestión de la contratación pública, debido a la introducción de procedimientos como el diálogo competitivo y el procedimiento competitivo con negociación.

4. Normas más estrictas para la subcontratación

- Las nuevas normas endurecerán las disposiciones sobre subcontratación y ofertas “anormalmente bajas”, con el objetivo de combatir el dumping social y garantizar que se respetan los derechos de los trabajadores.

¹⁰⁷ Ver:

<http://obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.578/relmenu.2/chk.43249d618fca4930a028b13ff43b6d04>

- Los contratistas que no cumplan con la legislación laboral comunitaria podrán ser excluidos de las licitaciones.

5. Contratación electrónica

- Vencido el plazo de transposición, todas las entidades contratantes de los países de la Unión tendrán la obligación de utilizar medios electrónicos para anunciar los procesos de contratación, recibir las ofertas de las empresas licitadoras o realizar las notificaciones propias de cualquier concurso público.

- **IMPACTOS ESPECÍFICOS DE LA NUEVA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.**

La Directiva establece diferentes medidas para garantizar la integridad en la CP y, en particular, luchar contra los conflictos de intereses, el favoritismo y la corrupción definiendo estas conductas. En particular prevé que "los Estados miembros velarán porque los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos"¹⁰⁸.

*Los impactos específicos de la nueva Directiva en materia de lucha contra la corrupción en la CP, son los siguientes*¹⁰⁹:

- Se mantienen las prohibiciones para contratar en relación a delitos relacionados con la corrupción y el fraude.
- Se prevé que los poderes adjudicadores pueden excluir de la participación en un procedimiento de contratación a aquellos licitadores cuando se pueda demostrar que estos son culpables de una mala conducta profesional grave que pueda poner en entredicho su integridad.
- Se definen los casos en los que se puede dar un conflicto de intereses en el ámbito de la CP que afecten tanto al personal o los responsables del poder adjudicador como a los prestadores de servicios contratados que intervienen o pueden influir en el resultado del procedimiento.

¹⁰⁸ Cerrillo, A. (Ob. Cit.: págs. 93-95).

¹⁰⁹ Íbidem.

- Con relación a los conflictos de intereses se prevé que los Estados miembros deberán crear mecanismos para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. En el caso de que exista un conflicto de intereses que no pueda ser gestionado de forma efectiva a través de otros medios menos intrusivos, los poderes adjudicadores también pueden decidir excluirle del procedimiento de contratación.
- Se prevé mejorar la gobernanza de la CP para facilitar la supervisión coherente y sistemática de la aplicación y el funcionamiento de las normas de CP, para lo cual los Estados miembros deberán garantizar que estas funciones están desarrolladas por uno o más órganos o entidades de lo que deberán dar noticia a la Comisión Europea.
- Los Estados miembros deberán remitir a Bruselas un informe cada tres años en el que entre otros extremos, se incluirá información sobre el control y el seguimiento de las infracciones de las normas de contratación así como datos sobre prevención, detección y seguimiento de los casos de fraude en el procedimiento, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en el ámbito de la CP.

Finalmente, es preciso mencionar que según lo señalado por Cerrillo (Ibídem) el texto finalmente aprobado de la Directiva de CP no habrá sido tan ambicioso como la propuesta elaborada por la Comisión Europea que además de establecer una definición más precisa de los conflictos de intereses y prever mecanismos para evitar la existencia de conductas ilícitas por parte de los licitadores, también preveía la creación de un organismo independiente en cada Estado miembro encargado de la supervisión, ejecución y control de la supervisión pública con funciones específicamente orientadas a luchar contra los conflictos de intereses, el fraude y la corrupción y facilitar y garantizar el acceso a la información relativa a los contrataos públicos.

Las conclusiones para el caso España son:

1. El marco normativo de la CP en España debe estudiarse y comprenderse acorde al sistema de competencias entre las instancias a nivel supranacional y el ámbito de

actuación de las instituciones españolas. Digamos que el sistema normativo de la CP en España obedece a un diseño de múltiples competencias. Conforme las Directivas de las Unión Europea en materia de CP han evolucionado, la legislación en España se ha tenido que adecuar. Por ejemplo, en lo referente a la CP, se ha transitado de un esquema de contrato administrativo de la Administración Pública a un modelo de CP con una estructura dual que consta de una parte general (para todos los contratos) y una parte especial (especificaciones de contratos administrativos típicos) que además incluye la financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Asimismo, el rediseño de la CP no sólo obedece a criterios de derecho administrativo sino también bajo el marco de la gobernanza se vincula a la normatividad supranacional anticorrupción.

2. La normativa de CP española se inscribe en un gobernar en clave de gobernanza. Esta modalidad se base en una serie de factores o principios que moldean los comportamientos, las reglas, las interacciones, las actuaciones de actores e instituciones. El enfoque tiende a dar regularidad institucional, certeza jurídica, amplía la democracia, genera participación ciudadana y promueve una cultura de la transparencia y rendición de cuentas. En las Directivas de la Unión europea se suele plantear que una respuesta a la prácticas de corrupción en la CP es introducir factores de gobernanza, aun cuando dichos factores no constituyen la solución directa, sí tiene cierta factibilidad en tanto moldean los contextos y favorecen la aplicación de políticas y medidas para inhibir la corrupción. Al respecto aludiendo a Luis Aguilar, no es posible identificar una relación de causalidad entre factores de gobernanza que generan condiciones para la eficacia del marco legal y su efectividad entendida como el impacto en las condiciones habituales de la realidad en la CP española.

3. La implementación de las nuevas Directivas de la Unión Europa se constituyen en una oportunidad para que España adapte su legislación en materia de CP a la normativa y jurisprudencia europea, lo cual implica la regulación de procedimientos de contratación más sencillos, con medios electrónicos, con menor carga administrativa, flexibles y rápidos (incluso con pliegos tipo para determinados contratos), que favorezcan la participación de las PYMES, y que se encuentren a la par acompañados

de mayores recursos para que el sector público pueda aplicarlos. Así como también para evitar conflictos de intereses, favoritismo y corrupción.

4. Las prácticas de corrupción en la CP española se constituyen en un fenómeno que se sigue configurando hasta la actualidad. La paradoja de este hecho es que a pesar de que España cuenta con una legislación en CP acorde a las normativas de la Unión Europea y otros organismos internacionales, sigue observando problemas sistémicos de corrupción en la CP.

5. Del análisis comparativo de la normativa de CP de España respecto de la legislación latinoamericana representada por Chile y Perú, resulta relevante comentar la existencia de las siguientes características particulares para el caso español:

a) La inclusión de la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos dentro del contenido de la Ley de CP, resaltando los apartados referentes a los Contratos de Concesión de obras públicas, al impulso a la eficiencia en la CP y la financiación de la colaboración público-privada.

b) Las reformas del marco normativo de la CP en España han sido influenciadas directamente por los criterios y estándares establecidos por el régimen jurídico supranacional contenido en las Directivas de la Unión Europea.

c) Las nuevas tendencias en los procesos de adjudicación de la CP, constituidas por la creación del diálogo competitivo y el énfasis que se pone en potenciar la negociación a través del procedimiento negociado.

d) En cuanto al control de la corrupción en la CP es de resaltar que los países miembros de la Unión Europea tienen que acatar una serie de obligaciones y directrices que son fijados por las autoridades supranacionales en esta modalidad del gobernar. Además de fijar en las normas propias de España el amplio bagaje de criterios jurídicos de la Unión Europea para combatir la corrupción, también se deben acompañar procesos institucionales, organizacionales y culturales. Es de subrayar que las obligaciones jurídicas en este modelo resultan de una importancia crucial y de repercusiones

inmediatas por incumplimiento. Cabe señalar que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se constituye en una instancia supranacional de resolución de los conflictos surgidos contra los Estados Miembros, cuya competencia respecto de las resoluciones que emite (sentencias) opera dentro de un ordenamiento jurídico independiente que cuenta con prelación sobre las disposiciones jurídicas nacionales, resulta de obligatorio cumplimiento y cuya falta de adopción de las medidas dictadas podrá determinar la imposición de una sanción consiste en el pago por parte del Estado Miembro que incumple la normativa.

3.3. LA EXPERIENCIA DE CHILE

En los objetivos formulados en este trabajo se planteó el tratar de establecer la posible relación entre los marcos normativos de la CP y el fenómeno de la corrupción. A través de asociar una serie de elementos o factores se propuso una matriz articuladora, precisamente para analizar cómo se daba o generaba la relación entre CP y corrupción en los tres países seleccionados. Al intentar un enfoque comparado en este análisis se buscaría resaltar algunas generalidades del por qué en algunos casos la normativa de CP ha logrado consolidarse en términos de inhibir y reducir las prácticas de corrupción en la CE. Bajo este encuadre, se argumentó que la experiencia de Chile resultaba central para abordar y comprender los tópicos o cuestiones claves en dicha relación, sobre todo a la luz de contar con una de las legislaciones más avanzadas a nivel de América Latina en materia de CP y de combate a la corrupción.

Una vez precisado hacia dónde se orienta el análisis en cuestión daremos cuenta del mismo siguiendo la metodología que se fijó previamente. El análisis sobre la Ley de CP en Chile se realizó de acuerdo a los puntos que conforman la matriz articuladora: 1) Descripción normativa y conceptual de la Licitación Pública; 2) Identificación de las características de los factores de gobernanza; 3) Identificar las medidas de combate a la corrupción; y, 4) Conclusiones con un acercamiento comparativo. En específico, se eligió para el estudio la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios -Ley N° 19.886 (Ley 2003). En dos partes se divide este análisis; por un lado, se desarrollará un contexto general sobre la trayectoria de la Ley 2003; y por otro lado, se analizará la misma con base en la matriz articuladora.

3.3.1. CONTEXTO GENERAL SOBRE LA TRAYECTORIA DE LA LEY DE 2003

Por qué se eligió esta Ley. Porque la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios -Ley N° 19.886 refleja el esfuerzo de modernización del sistema de CP en Chile. Anterior a esta disposición normativa existía una variada y dispersa legislación sobre esta materia. El sustento de esta Ley, es que en los procedimientos administrativos de compra de suministros, impere el principio de

transparencia y publicidad, a fin de asegurar la probidad y evitar la corrupción, en las adquisiciones. Entre sus características principales se tiene¹¹⁰:

1. La norma comprende como objeto de contratación el suministro de bienes muebles y de servicios que requiera la Administración, quedando excluidos de la regulación de la normativa, las contrataciones relacionadas con la ejecución y concesión de obras públicas.
2. Por regla general todas las adquisiciones deben efectuarse, previa licitación pública, y solo excepcionalmente y en los casos que prevé la ley, tales adquisiciones podrán efectuarse por licitación privada o compra directa.
3. A fin de asegurar y resguardar la transparencia del procedimiento licitatorio, la ley crea el sistema de compras y contrataciones por medios electrónicos y un sistema análogo, también electrónico de información a los proveedores y público en general, fundado en el principio de transparencia y publicidad, denominado "Chile Compra".
4. Se crea un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, con la denominación de "Dirección de compras y contratación pública" con amplias atribuciones para llevar a cabo las licitaciones, contrataciones y adquisiciones.
5. Se dispone la creación del Tribunal de contratación pública, que es un tribunal colegiado sometido a la superintendencia de la Corte Suprema, cuyo objetivo es conocer y resolver las acciones de impugnación contra actos u omisiones ilegales y arbitrarias ocurridas durante los procedimientos administrativos de contratación con los organismos públicos regidos por la Ley de 2003.

Cuál es el contexto explicativo de la Ley. La entrada en vigencia el 29 de agosto de 2003 de la "Ley de Compras Públicas" de Chile (Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley N° 19.886) cambió radicalmente la manera en que el Estado realizaba sus compras, se constituyó en la primera norma legal sobre la materia y cuyo objetivo es uniformizar los procedimientos administrativos de contratación de suministro de bienes muebles y servicios necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública. La exitosa reforma del sistema de CP crea una serie de instituciones claves -entre ellas la Dirección Nacional de Compras

¹¹⁰ Fernández, J. (2010): Las Compras Públicas de Suministro en el Ordenamiento Jurídico Chileno (en línea). <http://www.upv.cl/admision/pdf/Jose%20Fernandez%20Richard.pdf>.

y Contratación Pública, y los Tribunales de Compras -y generaliza el uso de la plataforma electrónica Chile Compra, lo cual implica un cambio importante en los procesos de compra del Estado chileno.

Como hemos dicho la Ley de 2003, se encontraba no solo dispersa sino que también era muy variada y descentralizada. Por una parte según el Decreto Supremo N° 404 en vigencia desde el año 1978 del Ministerio de Hacienda - "Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL N° 353 de 1960 -Ley Orgánica de la Dirección de Aprovevisionamiento del Estado", regía sobre la materia la Dirección de Aprovevisionamiento del Estado, pero por otra parte el artículo 28° del Decreto Ley N° 3529 del año 1980, autorizaba a los servicios e instituciones del sector público, para efectuar adquisiciones directamente, en determinadas condiciones. Además el artículo 16° del Decreto Ley N° 2879 del año 1979 otorgaba al respecto atribuciones especiales a los Jefes Superiores de los Servicios Fiscales, y, el artículo 8 bis de la Ley N° 18.575 regulaba en forma especial los contratos administrativos de compras públicas. Los municipios por otra parte efectuaban en forma directa sus adquisiciones. Por lo que, en ese contexto de dispersión normativa se hacía indispensable uniformizar la legislación sobre esta importante materia y para esos efectos a partir del año 1995 la Comisión Nacional de Ética Pública recomendó dictar una legislación refundida sobre contratos de suministros, con cuya recomendación coincidió, el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República. Por cuanto el resultado de estos esfuerzos y estudios se concretó con la dación de la Ley de 2003, cuya tramitación en el Congreso Nacional duró cuatro años, lo que revela un estudio minucioso y serio de esta materia¹¹¹.

También es de consideración que el éxito de esta Ley es que se da en un marco, en el cual Chile se adhiere a diversas convenciones internacionales contra la corrupción: 1) la Convención Interamericana contra la Corrupción, 2) la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE; y, 3) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resultó estratégico para Chile incorporar en sus normativas aquellos preceptos establecidos en los anteriores instrumentos internacionales. El objetivo era perfeccionar sus disposiciones legales que preveían sancionar los actos de corrupción,

¹¹¹ Fernández. J. Ob. Cit. págs. 2 -3.

por ejemplo: a) tipifica figuras delictivas específicas; b) amplía la jurisdicción de los tribunales para investigar esas figuras; y, 3) establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho¹¹².

Así la reforma para crear la Ley 2003 fue aprobada durante la presidencia de Ricardo Lagos (2000-2006), por lo que a continuación se sintetiza sobre las acciones llevadas a cabo con anterioridad relacionadas con la reforma del Estado y de los mecanismos de compra pública que se encontraron determinados por una serie de factores¹¹³:

1. La reforma en Chile fue catalizada por los escándalos de corrupción del 2003, los cuales lograron alterar la agenda pública y el apoyo de los más altos niveles del Estado y del poder político detrás de la reforma.
2. En el caso de la reforma del sistema de contratación pública, la misma llegó a tener el apoyo del propio Presidente y de ministros y secretarios de Estado, que fueron claves para impulsarla. El acuerdo con la oposición con la oposición también fue importante en la aprobación de las leyes en el Congreso.
3. La rapidez con la cual fueron aprobadas las reformas del sistema de contratación pública implica que éstas pudieron avanzar rápidamente porque existía ya un trabajo realizado en administraciones anteriores en torno a las modificaciones en las compras del Estado, había ya estudios, propuestas y hasta una prueba piloto que permitieron avanzar rápidamente sobre la reforma sin tener que realizar estas instancias previas.
4. También fue importante pero no determinante en la reforma en mención, la necesidad de modificar los sistema de CP por los acuerdos de libre comercio firmados por Chile, pues era claro para los actores políticos éstos sistemas debían reformarse, aunque no hubiera sido necesario hacer una reforma tan profunda como la alcanzada.
5. En cuanto a la particularidad del contexto institucional de Chile, contar con presidencialismos fuertes fue importante para concretar la reforma, así como también la estabilidad política y partidaria. Así que el mismo partido (Concertación Democrática) haya sido capaz de contar con cuatro presidencias consecutivas, implicó una mayor continuidad de cuadros técnicos y políticos.

¹¹² Portal del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Chile. Ver: <http://www.agci.cl/index.php>

¹¹³ Roszenwurcel, G. y Bezchinsky G. (2011). La Economía Política de las Reformas de los Sistemas de Compras Públicas en América Latina y El Caribe. Universidad Nacional de San Martín. Argentina.

Otro aspecto a considerar es que esta normativa asegura la *institucionalidad* necesaria para garantizar la transparencia y la eficiencia de las compras, preservar la igualdad de competencia y considerar el debido proceso. Asimismo, la Ley contempló la creación de un Reglamento mediante Decreto Supremo N° 250 de Hacienda, en vigencia desde el 24 de octubre de 2004, el cual se redactó con la participación de todos los actores involucrados en los procesos de contratación del Estado¹¹⁴.

Cabe señalar que, la Ley de 2003 a pesar de haber sido modificada por última vez el año 2010, no ha variado sustancialmente su contenido original. Una explicación del impacto positivo que tiene la Ley en el crecimiento económico y en el grado de desarrollo del sistema de CP chileno, es que se han dado condiciones para la factibilidad de su implementación, entre las cuales podemos citar la estabilidad institucional y la articulación con políticas públicas que promueven su aplicación.

3.3.2. ANÁLISIS DE LA LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS (LEY 2003)

El análisis se basó en situar/identificar en la Ley de Compras Públicas 2003 de Chile cómo se relaciona la Licitación Pública con los factores de gobernanza de las políticas y el contexto de implementación. La puesta en juego de estos elementos, a su vez, tendría que derivarnos en algún tipo de relación con el fenómeno y prácticas sobre la corrupción. Además del abordaje de la Ley se exploró en clave con la implementación de aquellos programas, planes o políticas (en su caso de existir) que resultarían facilitadores para la puesta en marcha de la misma, a fin de lograr establecer las conexiones básicas en el estudio. Por lo tanto, nos interesa que el análisis se comprenda como una *interacción entre la Licitación Pública (elemento clave) y los factores de gobernanza (capacidades directivas, eficacia y profesionalización de la función pública)* con el propósito de poder establecer relaciones con la corrupción.

¹¹⁴ Ley de Compras Públicas (Ley N° 19886) y Reglamento -Chile Compra. Sistema de Compras y Contratación Pública . Ver:
http://www.chileproveedores.cl/chprovdnn/Portals/0/Documentos/Normativas/Ley_reglamento%20actualizado.pdf.

1. Descripción normativa y conceptual de la Licitación Pública.

La normativa anterior, el Decreto Supremo N° 404 de 1978 "Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL N° 353 de 1960 -Ley Orgánica de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado", disponía en su artículo 2°: "Las adquisiciones que haga la Dirección se efectuarán, como norma general, por licitación pública o privada" y en su artículo 4°: "El reglamento de esta ley contendrá las disposiciones relacionadas con los procedimientos a que se sujetarán las adquisiciones por *propuestas públicas* y privadas y por compras directas".

Por cuanto como es de verse, no se define a la licitación o propuesta pública en dicha normativa, sino en otro texto como es el DFL N° 1/19.653 -Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado" del 2000, que define en base a principios y de manera indirecta a la licitación (propuesta) pública conjuntamente con la licitación privada, que dice: "Los contratos administrativos se celebran previa *propuesta pública*, en conformidad a la Ley. El *procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato*. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo"¹¹⁵. De esta manera, se observa una incongruencia entre ambas normas pues, mientras se dice en la normativa de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado del año 1978, que tanto la licitación pública como la licitación privada se constituyen en regla general para llevar a cabo el procedimiento de CP; en la normativa de Bases Generales de la Administración del Estado del año 2000, se indica que los contratos administrativos se celebran previa propuesta (licitación pública).

Por su parte la Ley de 2003, que integra la normativa de contratación prevé lo siguiente: "*Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente*. En las licitaciones públicas cualquier

¹¹⁵ Ver artículo 9° de la Ley N° 18.575

persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública en la forma que establezca el reglamento. Además con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento"¹¹⁶.

En esta Ley, se define a la licitación o propuesta pública no sólo por los principios que la rigen sino también se le conceptúa de manera directa como un procedimiento administrativo de carácter concursal cuyas características se detallan en un inciso propio, lo cual se constituye en un esfuerzo de compilación y sistematización normativa que no solo implica la ordenación de la normativa de CP sino también se requiere que los involucrados en la práctica y aplicación de la normativa (sector público y privado) se especialicen en su manejo y ya no diversifiquen su conocimiento en el manejo de normativa adicional que llene los vacíos que dejaba para su utilización el anterior texto de contratación estatal.

En términos doctrinales la Licitación pública según Dromi (1997, pág. 323) es "Un proceso administrativo por el cual la administración efectúa convocatoria pública para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con sus funciones" y la UNCITRAL recomienda una serie de criterios a observar para la licitación: 1. convocatoria pública abierta a todos los proveedores o contratistas; 2. pliego de especificaciones que contiene todas las condiciones del bien, servicio u obra que requiere la administración; 3. la administración se abstenga de realizar acuerdos con los proveedores fuera del contexto del proceso; 4. presentación de ofertas basadas en el pliego de especificaciones; y, 5. apertura del proceso y selección del ganador en acto público¹¹⁷.

Del contraste del concepto de licitación pública de la doctrina con la definición de la Ley, se observa la presencia en esta última de algunos atributos y criterios descritos por la doctrina, así es relevante señalar que la Ley en su definición de LP no alude a cual es el objeto de la contratación, que en otra parte de dicho texto indica que es el suministro de bienes muebles y de servicios, quedando excluidas las contrataciones

¹¹⁶ Ver inciso a) del artículo 7° de la Ley N° 19.886.

¹¹⁷ UNCITRAL, Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre contratación de bienes, obras y servicios. Naciones Unidas, 1995.

relacionadas con la ejecución y concesión de obras públicas; lo cual se constituye en una gran diferencia con la doctrina, que además de bienes, suministros y servicios incluye a las obras.

En conclusión, el concepto normativo de la licitación pública en la Ley de 2003 incorporó los siguientes cambios:

- a. Se reúne en un solo texto a la definición de licitación o propuesta pública.
- b. Se define a la licitación no solo en función de principios sino también por sus características más relevantes.
- c. La licitación pública se constituye en un procedimiento administrativo concursal, y solo se constituye en regla general y obligatoria para las adquisiciones especificadas en el reglamento.

2. Identificación de las características de los factores de gobernanza presentes en la Ley de 2003 y su correlación con la implementación de políticas de fomento para su aplicación en la Licitación Pública.

Para nuestro análisis, en la Ley de 2003, intentamos asociar los artículos 6°, 12°, 19°, 32° y 33° con algunas de las dimensiones que componen los factores de gobernanza de las políticas¹¹⁸: capacidad directiva, eficacia y servicio civil de carrera:

• FACTOR CAPACIDAD DIRECTIVA

La dimensión de las capacidades directivas que nos interesa relacionar con la Ley de 2003 es la del proceso directivo que se acompaña de un marco de medidas, prácticas, vertebración de competencias y recursos, calidad de las decisiones. La Ley en mención representa un esfuerzo normativo novedoso y sin precedentes en la legislación chilena, puesto que se constituye en su primera Ley de CP que no solo reúne en un solo texto

¹¹⁸ En la matriz articuladora que desarrollamos en la propuesta metodológica hacemos mención de estos factores de gobernanza de las políticas: **Capacidades directivas:** a) Procedimientos y prácticas (decisiones financieras, estratégicas, normativas, de innovación de procesos y productos); b) Alta dirección; c) Proceso directivo; y, d) Eficiencia de la administración pública. **Eficacia:** a) Medidas; b) Eficaces y oportunas; c) Objetivos claros (definidos por la evaluación de su impacto y experiencia acumulada); d) Producen resultados buscados. **Servicio Civil de Carrera (o Profesionalización de la función pública):** a) Conjunto de reglas (jurídicas e instrumentales); b) El Estado selecciona personal (aptitudes y actitudes); c) Desempeño eficiente de sus actividades; d) Garantizar profesionalidad y objetividad de los funcionarios; e) Respeto de principios de igualdad, mérito y capacidad.

todos los alcances del sistema de contratación estatal, sino que también define las reglas comunes que deberán seguir en sus procedimientos de contratación todas las Entidades de la administración, por cuanto resulta necesario que para la implementación de la Ley se requiera desarrollar capacidades directivas.

Así por ejemplo, la norma 2003 define a la licitación pública como el *procedimiento administrativo* de carácter *concurso* mediante el cual la Administración realiza un llamado *público*, convocando a los interesados para que, *sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas*, de entre las cuales *seleccionará* y aceptará la más *conveniente*. La importancia de la licitación es que representa uno de los principales instrumentos para que el Estado pueda proveerse de bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, vinculando el precepto normativo con el artículo 12° de dicha norma: "Cada institución deberá elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones, cuyos contenidos mínimos serán definidos en el reglamento (...)"; y artículo 29°: "La dirección superior, la organización y la administración de la Dirección de Compras y Contratación Pública corresponderán a un Director de exclusiva confianza del Presidente de la República, quien será el Jefe Superior del Servicio". Es de verse que, la licitación pública se constituye en uno de los principales instrumentos de la normativa que en clave de gobernanza permitirá al Estado a través de la Dirección de Compras y Contratación Pública, llevar a cabo los fines de la modernización de su gestión pública.

Asimismo, es de preguntarnos qué otros factores del proceso directivo influyeron en la implementación de la ley. Según lo hemos indicado se crea la Dirección de Compras y Contratación Pública como un servicio descentralizado que administra el Sistema de Compras Públicas del Estado chileno denominado "Chile Compra"¹¹⁹.

De la revisión del portal electrónico de la Dirección de Compras y Contratación Pública¹²⁰ es posible visualizar el Plan Estratégico del Sistema de Contrataciones para el período 2002-2004 (anterior a la creación de la Dirección) y los Planes Estratégicos para los períodos 2006, 2007, 2008-2010, 2010-2012 y 2013-2015. Con el fin de

¹¹⁹ La Dirección de Compras y Contratación Pública tiene por finalidad que las entidades de la administración (compradores) realicen sus compras y contrataciones utilizando de manera eficiente y transparente los recursos del Estado; y para que los proveedores tengan mayor facilidad de acceso y puedan competir en éste en igualdad de oportunidades.

¹²⁰ Ver: <http://www.chilecompra.cl/>

completar el análisis del factor de gobernanza capacidad directiva revisamos el Plan Estratégico para el período 2008-2010 y su respectiva evaluación¹²¹. Así, el Plan estableció dos grandes Objetivos Institucionales, cuyas tareas para su consecución se relacionan de manera integral con las capacidades directivas: 1) Consolidar un mercado público transparente, eficiente e inclusivo y 2) Generar innovaciones para la sustentabilidad del mercado público. De la evaluación de los indicadores del período 2008-2010, realizada por la propia Dirección de Compras y Contratación Pública se cumplió satisfactoriamente con las metas proyectadas para los indicadores de sus objetivos estratégicos relacionados con el factor de gobernanza capacidad directiva.

- **FACTOR EFICACIA**

Según el Libro Blanco sobre Gobernanza Europea, se entiende por eficacia las *medidas* eficaces y oportunas para producir los resultados buscados, sobre la base de unos objetivos claros, que contengan una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada¹²². La Ley de 2003 alude directa y textualmente a este factor de gobernanza en su artículo 6º que dice: "Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni solo atender al precio de la oferta. En todo caso la *Administración deberá propender a la eficacia*, eficiencia y ahorro en sus contrataciones".

De la revisión del Plan Estratégico 2008-2010, vemos que sus dos objetivos estratégicos contienen características de eficacia que se aprecian aún más detenidamente en los siguientes indicadores: a) incremento de satisfacción de usuarios, b) aumento del monto transado, c) mayor ahorro para el Estado y d) perfeccionamiento del marco regulatorio para la transparencia y acceso. Observamos que este conjunto de indicadores presenta en su contenido medidas tendientes a integrar el factor de gobernanza eficacia

¹²¹ La Evaluación del Plan Estratégico 2008-2010 en cuanto al año 2010, es la última versión que se ha sido publicada en el portal web de la institución.

¹²² Gobernanza Europea -Libro Blanco.

en el contexto de la CP. Según se informa en los resultados de la evaluación del referido Plan, los objetivos e indicadores fueron cumplidos en su integridad.

• **FACTOR SERVICIO CIVIL DE CARRERA**

El factor de gobernanza servicio civil de carrera según las características principales de nuestro concepto de apoyo es "un conjunto de reglas (jurídicas e instrumentales) mediante las cuales el Estado selecciona a sus recursos humanos para el desempeño eficiente de su actividad, garantizando su profesionalidad y el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad"¹²³. Por su parte en la Ley de 2003 en su artículo 32° señala: "El personal del Servicio estará afecto a las disposiciones de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos. (...)"; y en el último párrafo del artículo 33°: "Además de los requisitos generales exigidos por la ley N° 18.834 para ingresar a la Administración del Estado, para estos cargos se exigirán los siguientes: Planta Directivos y Profesionales. a) Título profesional o grado académico de licenciado, otorgado por una universidad del Estado o reconocida por éste, y b) Experiencia en tecnologías de la información, gestión de adquisiciones o derecho administrativo".

En cuanto a la factibilidad de aplicación de la normativa derivada de la implementación de políticas podemos identificar que en el Plan Estratégico de la Dirección de Compras y Contratación Pública 2008-2010 se observa las características de promoción del servicio civil en su objetivo estratégico "Consolidar un mercado público transparente, eficiente e inclusivo" y específicamente en sus indicadores: a) Incorporación de temática criterios de sustentabilidad en programa de formación y b) Ejecución de programa de habilidades directivas para directivos y jefaturas de Chile Compra. Al respecto y según lo hemos señalado, de la evaluación del citado Plan, se aprecia que las metas fueron cumplidas en su totalidad.

3. Identificar las medidas de combate a la corrupción en la Ley de 2003, los planes o programas generales o específicos que se diseñaron para dicho efecto. Asimismo, identificar si se estableció capacidades institucionales y directivas para inhibir y combatir dicho fenómeno.

¹²³ Oslak, Oscar. Ob. cit.

En la Ley de 2003, no se incorporan disposiciones específicas para prevenir o inhibir las prácticas de corrupción en la CP. Ello no significó que dichas prácticas no fueran combatidas, por el contrario, en Chile se partió de políticas de Estado contra la corrupción en general. Esto significó crear todo un entramado de Leyes e Instituciones.

Al respecto comenta Moraga (2011:pág.2):

"En los últimos 15 años, Chile ha tenido que pasar por una verdadera ´puesta al día´ de su régimen jurídico para el combate de la corrupción y para la adopción de medidas administrativas y políticas que la impidan u obstaculicen. El punto de partida, a nuestro juicio fue el año 1994, cuando se creó la Comisión Nacional de Ética Pública, que formuló un diagnóstico provisorio de la corrupción y formuló recomendaciones acerca de los contratos y las licitaciones estatales, entre otros. Su informe puede ser tenido como el Libro Blanco que guiaría luego las acciones legislativas referidas a la misma materia, y que se sucederían a partir de1995. V.gr.: Ley de Probidad y Función Pública del año 1999 (Ley 19.653); Ley que estableció el Sistema de Alta Dirección Pública (Ley 19.882); Leyes de transparencia en el financiamiento de campañas electorales y de los partidos políticos (Leyes 19.884 y 19.885, respectivamente); Leyes sobre transparencia fiscal y evaluación de resultados de la gestión financiera del estado (Leyes 19.874 y 19.896); Ley sobre contrataciones y compras públicas (Ley 19.886); Ley sobre regulación de gastos reservados y otras asignaciones (Ley 19.863); Ley que protege a los funcionarios que denuncian de buena fe irregularidades y hechos de corrupción (Ley 20.205); Ley que regula el acceso a la información pública (Ley 20.285), etc. Corolario de todo este impulso es la reforma constitucional del año 2005, que elevó a rango constitucional el deber de las autoridades de actuar con estricto apego al principio de probidad".

En cuanto a la evaluación del sistema normativo para combatir e inhibir la corrupción, Moraga ¹²⁴ indica: "Como hasta hace poco, el tema de la corrupción no era seriamente tratado al interior del Estado, ni adquiriría ribetes de un problema nacional al que están afectas todas las estructuras y organizaciones públicas y privadas, no es posible saber objetivamente que tan eficiente y eficaz es el régimen jurídico actual para el combate de la corrupción, puesto que no existen antecedentes históricos objetivos o fidedignos que permitan comparar resultados".

Sobre el impulso de políticas anticorrupción en el caso específico de la CP la evaluación del Plan Estratégico de la Dirección de Compras y Contratación Pública 2008-2010, no hace mención a indicador alguno sobre la misma; sin

¹²⁴ *Ibidem*

embargo, retomando el estudio de Moraga, es posible hacer alusión a las acciones desde las compras y el abastecimiento públicos que ha llevado a cabo la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chile Compra) siguiente: "En el ejercicio de sus funciones, y como fruto del trabajo conjunto con la Fiscalía Nacional Económica (FNE), Chile Compra emitió la Resolución (E) N° 92-B, de 29 de enero de 2009, 'Instrucciones para la prevención de la colusión entre los oferentes'. El objetivo de este instrumento es apoyar a los organismos públicos en la detección oportuna y reporte de prácticas colusorias en la etapa de la presentación de ofertas, para lo cual se presenta en forma detallada y ejemplificada instrucciones, recomendaciones y mejores prácticas que orientan un adecuado y correcto desempeño funcionario al interior de los organismos públicos"¹²⁵.

Las conclusiones para el caso Chile son:

1. La normativa de CP de Chile tuvo una evolución significativa con su unificación en un solo cuerpo normativo que antes se encontraba no solo disperso sino también descentralizado. Con la creación de instituciones clave para su implementación como la Dirección Nacional de Compras y Contratación Pública, los Tribunales de Compras, y el uso de una plataforma electrónica para la publicidad de los procesos de contratación, esta normativa puso a Chile a la vanguardia en América Latina. Asimismo, es de señalar que la Ley de CP chilena se impulsó dentro de un contexto en el cual Chile se adhiere a diversas convenciones internacionales contra la corrupción, por cuanto se aprecia una relación directa entre el diseño de la normativa y las tendencias anticorrupción a nivel internacional.

2. Una de las fortalezas de la normativa de CP chilena es que incorpora con mayor énfasis los factores de gobernanza, ello se debe, a su vez, situar en el marco del crecimiento económico que ha tenido el país, y en especial por alcanzar de forma notable un alto grado de regularidad institucional y estado de derecho. El engranaje de

¹²⁵ *Ibidem*.

puzzles en el modelo de gobernanza chileno ha sido clave, y es de mencionar, que el puzzle de la CP resulta un engranaje dinamizador en tanto encuentra un contexto institucional y cultural favorable. Resultaría interesante explorar si es posible establecer para el caso Chile una relación causal entre CP y crecimiento económico, misma que a su vez caracterice una menor incidencia de la corrupción en esa relación.

3. Aún cuando en Chile el nivel de percepción sobre la corrupción en la CP es uno de los más bajos de América Latina, se sigue presentando esta problemática, incluso en los últimos años parece mostrar un nuevo impulso. Esta situación es de observar, se presenta aún cuando en la normativa de CP se han incorporado los estándares y prácticas internacionales (factores de gobernanza), y habría que añadir que dichos factores han sido incorporados en un entorno de condiciones favorables (de leyes e instituciones diseñadas para combatir de manera integral y articulada la corrupción) que en teoría permitirían la producción de impactos en esas condiciones óptimas. A lo cual, nuevamente no es posible afirmar que habría una relación causal entre factores de gobernanza, condiciones institucionales óptimas y mayores niveles de inhibición sobre la corrupción en la CP.

4. En términos del análisis comparado del sistema normativo de la contratación estatal de Chile con relación a las normativas de España y Perú, hallamos que la CP en Chile se puede distinguir y caracterizar por:

a) La Ley de 2003 (vigente actualmente) se constituyó en la primera norma legal especializada en materia de CP, con su promulgación logró innovar en lo siguiente: 1. Codificar la normativa dispersa sobre la materia; 2. Centralizar y uniformizar los procedimientos de CP; 3. Crear instituciones clave para el sostenimiento y desarrollo del sistema de reforma de la CP (la Dirección Nacional de Compras y Contratación Pública, y los Tribunales de CP); y 4. La implementación y el uso generalizado de una Plataforma Electrónica (Chile Compra) para publicitar y promover la transparencia de la contratación estatal.

- b) La norma comprende como objeto de contratación el suministro de bienes muebles y de servicios que requiera la Administración, por lo que se excluye del contexto de su regulación a las contrataciones relacionadas con la ejecución y concesión de obras públicas.
- c) La promulgación de la normativa de CP operó dentro de un contexto de políticas de Estado dirigidas a combatir la corrupción en todos los niveles de la Administración Pública, por tanto formó parte de un conjunto de leyes e instituciones diseñadas en virtud a dicha finalidad y en base a propuestas, estudios y trabajos previos llevados a cabo en administraciones anteriores.
- d) En cuanto al combate a la corrupción, la legislación chilena sobre CP ha previsto en su texto las implementaciones legislativas derivadas de las obligaciones contraídas por Chile al haber suscrito convenios internacionales destinados a luchar contra la corrupción. Cabe señalar que, el cumplimiento de la implementación de los Convenios se encuentra sujeto a mecanismos de revisión y evaluación que tienen por finalidad la verificación de la promoción, el grado y dificultades de la implementación de los tratados y la asistencia técnica mediante la cooperación internacional, apreciándose que no se contempla mecanismos de sanción ante la identificación del incumplimiento total o parcial de los Convenios.

4. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERÚ. ANÁLISIS DEL CASO

4. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERÚ. ANÁLISIS DEL CASO

4.1. DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA

Mediante una estrategia de problematización heurística¹²⁶ tratamos de desarrollar la problemática de la relación entre corrupción y CP en Perú, de alguna manera nos llevó a integrar con mayores elementos el estado de la cuestión, aún teniendo en cuenta las limitaciones. Con ello queremos significar con esta apuesta un problematizar del objeto de estudio. Hemos dicho que nuestro objetivo es describir, analizar y explicar la posible "relación" entre corrupción y CP. Como apunta Castro Cuenca (2009: pág. 27-33) en esta relación se pone en perspectiva la materialización de un fenómeno multidimensional (político, económico, social y de path dependence).

Este ejercicio de problematización heurística parte de la siguiente interrogante ¿Existe corrupción en la CP en Perú, y en qué grado se manifiesta? y ¿En caso de que exista corrupción qué tanto constituye un problema estructural o público?. Actualmente en Perú no se cuenta con sistemas de medición sobre la medición del grado de corrupción en la contratación estatal, ni tampoco sobre la corrupción en general en la Administración Pública. Esta situación es preocupante ya que pone en la superficie que instituciones como la Contraloría General de la República o la fiscalización del Congreso no cuentan con un sistema de indicadores sobre los problemas de corrupción en la CE. A nivel nacional a pesar de existir una Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, sólo se cuenta con la referencia a la corrupción dentro de la Encuesta Nacional de Hogares que realiza el Instituto Nacional de Estadística e Informática¹²⁷ o las mediciones que tienen su origen en encuestadoras contratadas por el Sector Privado u Organismos No Gubernamentales como Proética¹²⁸. En el ámbito de América Latina se tiene la opinión de la población sobre la corrupción como "problema de país", contenida en el estudio derivado de las encuestas que realiza el Organismo No Gubernamental "Corporación Latinobarómetro"¹²⁹, en esta medición los peruanos sitúan

¹²⁶ Problematizado heurísticamente es un método por aproximación para construir un problema.

¹²⁷ Ver: <http://www.inei.gob.pe>

¹²⁸ Ver: <http://www.proetica.org.pe>

¹²⁹ Ver: <http://www.latinobarometro.org>

a la corrupción en el cuarto lugar. A nivel mundial, la referencia sobre corrupción en general proviene de Transparencia Internacional a través del índice de percepción de la corrupción, en éste Perú muestra los siguientes resultados¹³⁰: 1998, 4.5 (Gobierno de Fujimori: 1990-2000); 2000, 4.4 (Gobierno de Paniagua: 2000-2001); 2001, 4.1 (Gobierno de Toledo: 2001-2006); 2006, 3.3 (Gobierno de García: 2006-2011); 2011, 3.4 (Gobierno de Humala: 2011 hasta la actualidad). Como se puede observar en esta trayectoria la puntuación de Perú oscila entre 3 y 4, por lo que se puede desprender que el problema de la corrupción es relevante y preocupante en el país.

De manera especial hallamos un estudio fechado en 2006 sobre el "Riesgo en los Sistemas de las Contrataciones Públicas"¹³¹ que elaboró Transparencia Internacional, que por su importancia para la determinación de la problematización de nuestro objeto de estudio se mencionarán las preguntas o temáticas clave del estudio y su aplicación al caso Perú. El estudio se basó en las siguientes preguntas:

- ¿En qué medida han cumplido los países de América Latina con su cometido en materia de contratación pública?
- ¿Qué tan transparentes son los sistemas de contratación pública en los países de América Latina?
- ¿A qué riesgos de corrupción se someten? ¿Qué medidas hay que poner en práctica para prevenir estos riesgos?

La finalidad del estudio fue medir si existe riesgo, y de qué magnitud, en un determinado sistema de CP. Así las respuestas se basan en 138 indicadores que fueron subdivididos en cuatro tipos, enfocados en observar distintos aspectos de la transparencia en los sistemas de CP:

- Indicadores institucionales: ¿Qué está en la Ley?
- Indicadores de integridad del sistema o de contexto: ¿En qué contexto se aplica esa Ley?, ¿Se dan las condiciones para que se aplique?
- Indicadores de Percepción: Según los expertos, ¿se está aplicando la ley, y cómo?
- Indicadores de Desempeño: Según datos estadísticos, ¿se está aplicando la ley, y cómo?

¹³⁰ Queremos indicar que los años que se eligen es sólo para significar en qué lugar de la escala de medición (de 0 a 10 en donde 0 equivale a la percepción de "muy corrupto" y 10 equivale a percepción de "ausencia de corrupción") se sitúa Perú y para dar mayor claridad a esa significación se asocia con el gobierno de turno. Es pertinente aclarar que la escala de evaluación utilizada por Transparencia Internacional de 0 a 10 aplica a partir del año 1995 hasta el año 2011, y desde el año 2012 la escala es de 0 a 100.

¹³¹ Este estudio abarcó nueve países: Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

Cabe precisar que, los indicadores comparan la respuesta dada a un sistema ideal de contrataciones determinado por los *estándares mínimos* de Transparencia Internacional sobre Contrataciones Públicas, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y prácticas internacionales. El riesgo corresponde a la diferencia entre la realidad y este ideal. En cuanto a los resultados, cada indicador se expresa como "porcentaje de riesgo", siendo 100% equivalente a "riesgo alto" y 0% "ningún riesgo".

En cuanto a los *Indicadores Institucionales* se tiene que: a) el riesgo promedio de corrupción en contrataciones asociado con las instituciones (leyes y organizaciones) es del 35%, y b) el riesgo promedio de corrupción asociado con las prácticas (su aplicación y efectividad) es del 64%, por lo que se concluye que "las leyes y las instituciones no generan niveles altos de riesgo de corrupción en materia de contrataciones, es en la práctica donde se da mayor riesgo".

Sobre los *Indicadores de Percepción*, se detallan los grupos de indicadores que se encuentran en concordancia con nuestra investigación:

- En materia de *métodos de contratación*: a) la contratación directa y en general los métodos menos competitivos de contratación, ofrecen mayores riesgos de corrupción, porque no incorporan los controles propios que genera la competencia, favorecen conflictos de interés y es fácil de abusar de este tipo de contratación como mecanismo de retribución de favores, b) las excepciones a la contratación por concurso abierto resultan problemáticas, pues si bien en casi en todos los países en la ley son transparentes se prevén claramente las razones por las cuales se pueden hacer este tipo de excepciones, la mayoría de las veces se tiende a abusar del uso de este tipo de contratación, c) en la mitad de los países se ha identificado problemas de estándares múltiples (varias legislaciones aplicables a contratación) las cuales generan dificultades en su aplicación.
- En materia de idoneidad profesional por parte de las personas involucradas en los procesos de contratación: a) la mayoría de los países enfatiza que una de las contribuir al riesgo de corrupción, es la falta de idoneidad profesional y la escasa capacitación técnica de las personas encargadas de la preparación de las licitaciones y la evaluación y calificación de las ofertas.
- En materia de control: a) 8 de los 9 países analizados anotan la existencia de problemas en la efectividad de las instituciones de control para identificar casos de corrupción. A esto se suma que la mayoría de países (8 en total) indican que la interventoría de los contratos no opera adecuadamente o no existe como figura legal, b) en materia de protección de los intereses de las partes en los procesos de contratación, más países apuntan como eficaces a las instituciones de control y

revisión del orden administrativo que las instituciones del orden judicial, lo cual se puede deber a que en la mayoría de los sistemas legales de los países el control jurisdiccional es supletivo, es decir, sólo es utilizado en la medida en que la vía del control administrativo (vía gubernativa) ya se haya utilizado.

En cuanto a *Indicadores de Integridad del sistema o de contexto*, los cuales fueron incluidos al considerarse que la actividad contractual no opera de manera aislada sino en el marco de unos arreglos institucionales y de gobernabilidad que influye, de manera positiva o negativa, en su operación. Los indicadores de entorno fueron tomados de encuestas existentes y otros indicadores producidos por fuentes diferentes a Transparencia Internacional. Así se observa: a) las deficiencias en la calidad del sistema judicial se constituyen en la mayor preocupación para los países (excepto para Chile), b) la calidad del sistema político se constituye en segundo tema de relevancia al ser considerada como un factor de alto riesgo. Del análisis consolidado del estudio, entre las principales conclusiones se tiene:

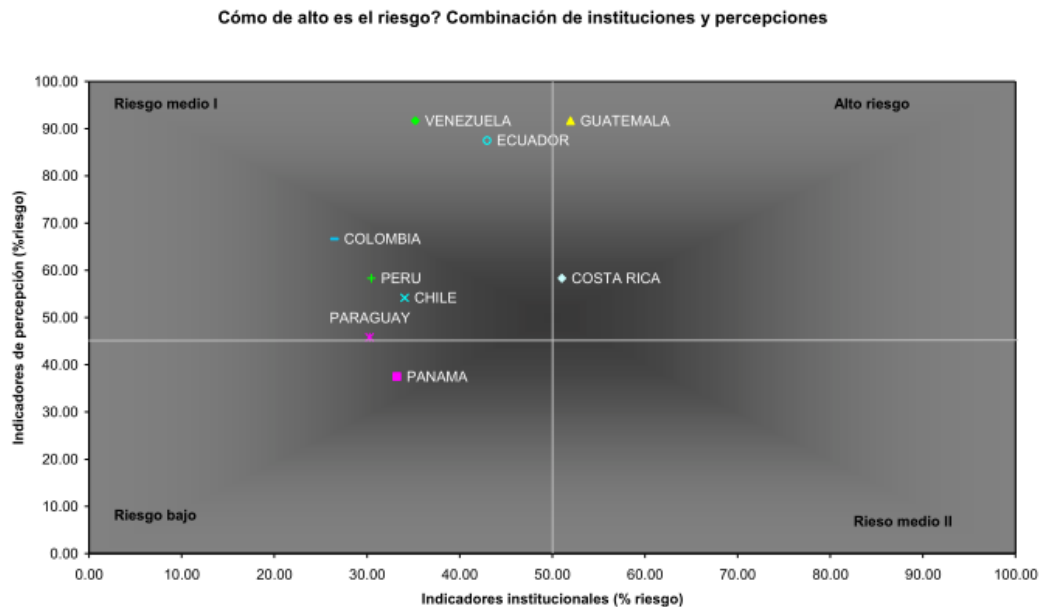
- a. Las instituciones (la ley de contratación y los diseños institucionales) muestran riesgos de corrupción relativamente bajos.
- b. Los riesgos de corrupción parecen encontrarse más en las prácticas (la manera como la Ley se aplica o no se aplica).
- c. Muchos países no producen datos estadísticos.

En cuanto a los puntos especialmente problemáticos (generadores de riesgo) se identifican los siguientes:

- a. Las actividades de control ofrecen un riesgo considerable (tanto a nivel institucional como de prácticas y entorno).
- b. El riesgo asociado a la contratación directa resulta de especial relevancia para la gran mayoría de países bien por las debilidades institucionales asociadas a esta, por la falta de transparencia en este método de contratación o por el abuso de reglas de excepción que sobre el papel resultan claras y transparentes.

En el Grafico 2 se muestra la zona de riesgo en la que se ubica a Perú de acuerdo al estudio en mención.

GRÁFICO 2. NIVELES DE RIESGO DE CORRUPCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA



Fuente: "Estudio del Riesgo en los sistemas de las contrataciones públicas de 9 países". Transparencia Internacional. 2006 (pág. 14).

Nos parece importante hacer mención a los resultados específicos del Informe Nacional presentado por Perú para el estudio, el cual presentó resultados respecto de *Indicadores Institucionales*, y de los cuales mencionaremos aquellos que resultan relevantes para nuestro estudio:

- En cuanto a los Mecanismos de Selección Objetiva se indicó que el riesgo equivale al 26.67%. Si bien se indica que las normas relacionadas con los procesos de selección propiamente dichos, tienen en general un óptimo nivel de objetividad, de acuerdo con los estándares internacionales que plantea el cuestionario se podría implementar la mejora posterior de los siguientes aspectos:
 - No existe diferencia entre los funcionarios que elaboran los términos de referencia y los que efectúan la evaluación. Tampoco se disponen atributos o calidades especiales para los funcionarios encargados de hacer esta selección. Más allá de la importancia técnica de estos temas, el mayor problema de la realidad peruana radica en el muy limitado nivel de competencias y capacidades de los servidores estatales del interior del país, los que manejan el 50% del presupuesto total para adquisiciones y contrataciones del Estado (el otro 50% lo maneja la capital del país).

- Si bien estadísticamente no se abusa de la contratación directa o por la vía de la excepción, lo que sí es preocupante es el enorme porcentaje de procesos de contratación que se llevan a cabo a través de procedimientos llamados "de menor cuantía", en los que el desarrollo de las etapas es prácticamente sumaria y la publicidad es bastante reducida. Históricamente más de 2/3 total de contrataciones públicas del país (más de 4 mil millones de dólares americanos) se realizan por medio de este tipo de procesos. Existen sospechas razonablemente fundadas que las entidades aprovechan esta "ventana legal" para "fraccionar" procesos grandes que ameritarían licitaciones o concursos públicos más complejos, a fin de contar con mayor margen de maniobra pública, institucional o económica.
- En referencia al Control de la Actividad Contractual, el nivel de riesgo se puntuó con 34.88%, el cual junto con el Acceso a la Información fue calificado con un riesgo de 43.75%, son los que representan mayores niveles de riesgo, debido a sus todavía limitadas disposiciones y estrategias de promoción de transparencia, participación ciudadana y lucha anticorrupción que la legislación nacional les provee. En ese sentido, las dificultades más destacadas en ambas categorías son las siguientes:
 - Se carece de una oficina dedicada exclusivamente a tratar el tema de la corrupción en el sistema de contrataciones y adquisiciones estatales. Aún cuando la Contraloría General de la República cuenta con una gerencia especializada en contrataciones públicas, se desconocen sus planes y acciones más relevantes, así como el impacto real de su labor.
 - La legislación nacional no dispone nada con relación a las incompatibilidades (conflicto de intereses) ni para los funcionarios públicos encargados de formular los términos de referencia ni para los responsables de las evaluaciones de los procesos de contratación planificados por las entidades del Sector Público.
 - No hay restricciones para que los funcionarios públicos que estuvieron a cargo de los procesos de contratación estatal, puedan ser luego contratados por las empresas privadas ganadoras de los mismos. La única restricción existente es la que se limita al ámbito de las concesiones públicas, en las que se impide que los funcionarios que laboraron en un organismo regulador de la inversión privada (sector telecomunicaciones, energía y transporte) puedan trabajar para un operador privado (el plazo de impedimento es de un año luego de dejar el cargo).
 - Existe un total hermetismo relacionado con las investigaciones que llevan a cabo tanto el CONSUCODE¹³² como la Contraloría General de la República. La opinión pública de alguna manera se entera de los resultados de éstas, sólo a través de la lista de empresas o personas naturales inhabilitadas temporal o definitivamente para contratar con el Estado, la misma que es colgada en el portal electrónico del CONSUCODE.

¹³² A partir del año 2008, el Consejo Superior de las Contrataciones del Estado (CONSUCODE) pasó a denominarse Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Asimismo, hemos podido ubicar un estudio en cuatro países de América Latina y el Caribe que son Colombia, Jamaica, México y Perú, el que por su actualidad, temática de investigación y resultados obtenidos es de suma relevancia para el presente trabajo, nos referimos al "Documento de discusión sobre los efectos de la agenda anticorrupción en la CP"¹³³ de fecha octubre de 2013, que se basó en la búsqueda de respuesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Se ha reducido la magnitud de la corrupción?
2. ¿Será posible que ha llegado un punto en que el volumen de iniciativas y medidas anticorrupción en la CP está teniendo un efecto contraproducente con resultados cada vez menores?

Según lo indican los resultados del estudio, la respuesta a la primera pregunta es negativa ya que no se encontró evidencia que la corrupción haya disminuido como resultado de reformas recientes. Asimismo, encuestas de percepción reflejan que las medidas anticorrupción no resultan certeras.

Con relación a la segunda pregunta, el estudio también demuestra que en casi todos los países se han introducido nuevas leyes, reglamentos y procedimientos de compras y contrataciones pero que la complejidad adicional creada, los procedimientos burocráticos innecesarios introducidos y la insistencia en observar la forma y procesos y no resultados no están promoviendo sistemas de compra eficientes y efectivos, ni tampoco el logro de las metas anticorrupción.

En ese sentido, el objetivo de dicho estudio era identificar los temas y problemáticas principales que afectan a la CP en los países mencionados, a fin de hallar sus raíces y determinar hasta qué punto dichos temas y problemáticas podrían estar influenciadas por las iniciativas anticorrupción. La información para la realización del estudio fue proporcionada por los jefes de las oficinas de adquisiciones de los cuatro

¹³³ El estudio fue conducido por Jorge Claro, Presidente & CEO del "International Procurement Institute", INPRI, y el Dr. Nikos Passas, Profesor de "Northeastern University School of Criminology and Criminal Justice". El financiamiento fue proporcionado por la Iniciativa de Bienes Públicos Regionales (Iniciativa BPR) del BID administrada por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO; "the International Development Research Center" de Canadá, IDRC, a través de la Universidad Nacional de San Martín, UNSAM, así como por OCR Services, una empresa del sector privado de EEUU que ofrece servicios de ventanilla única de comercio exterior. Ver: <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2014/03/Informe-final-Anticorrupcion-y-compras-p%C3%BAblicas.pdf>.

países, quienes apoyaron en las visitas de campo realizadas por los analistas, facilitaron información y documentación, así mismo brindaron respaldo logístico que se hizo necesario. De igual forma, el estudio formuló recomendaciones focalizadas con implicaciones de política dirigidas hacia un afinamiento y mejor armonización de nuevos controles con medidas efectivas para mejorar los sistemas de compras e incrementar la gobernabilidad.

Respecto del marco legal de la CP y las iniciativas anticorrupción en los cuatro países, el estudio analizó el marco legal de cada país, así como las últimas iniciativas anticorrupción implementadas, llegando a advertirse que las leyes modificadas de la CP en general han sido impulsadas principalmente por los esfuerzos anticorrupción, en lugar de la propia necesidad de optimizar y mejorar la CP per-se. También fue evidente que las leyes de contratación y transparencia fueron diseñadas desde una perspectiva de control.

En ese sentido y al tener relación con la presente investigación, nos centramos en el caso Perú, de tal manera destacamos las resultantes de aquellas respuestas que por su importancia las describimos textualmente:

"- La inmensa mayoría de encuestados coincide o coincide totalmente en que el marco regulatorio en el Perú es demasiado rígido e inflexible. Del mismo modo, la mayoría no considera que el marco legal sea conducente a una mayor competencia y menores costos.

- La mitad de los encuestados y la mayoría de las personas entrevistadas no creen que las autoridades coordinen sus acciones de carácter regulatorio. Una clara mayoría de los encuestados del sector público no ve contradicciones o incoherencias en el marco normativo, pero un 68.1% de ellos creen que los reglamentos se modifican demasiado seguido y el 36.4% de ellos no cree que las reglas y los procesos estén claramente definidos, mientras que el 31.8% encuentra que los objetivos de las normas no se exponen claramente y no están de acuerdo en que las reglas se aplican con coherencia y certeza.

- El 81.8% de los encuestados del sector público considera que el marco jurídico es demasiado rígido para adaptarse a los cambios del mercado u otras condiciones. Asimismo, el 36% de los encuestados del sector público siente que el sistema permite la discreción, aunque el 66.7% del sector privado está en desacuerdo. Por otra parte, sólo el 40% de los encuestados del sector público se sienten animados a ser creativos e innovadores, mientras que el 75% de ellos se siente bajo presión para aplicar las reglas en forma estricta y rígida.

- Claras mayorías opinan que los procedimientos actuales no promueven la eficiencia o menores costos (68.1% en el sector público y 100% en el sector privado). Sus comentarios se refieren a situaciones donde las entidades no recogen la mejor solución sino la más barata, así como a incentivos perversos y barreras que reducen el número de postores.

- En forma similar, la mayoría de encuestados (59.1%) y la mayoría de los entrevistados no cree que el sistema haya evolucionado positivamente en los últimos años hacia mejores servicios y mayor calidad, citando la preferencia incorporada por escoger propuestas de menor costo en lugar de mejores bienes y servicios. Así, mientras que el 68.2% cree que los recientes cambios mejoran la gobernanza, el 40.9% no cree que éstos han sido propicios para más eficiencia y en general mejores costos en las compras, y el 55% de ellos no cree que exista una estrategia de contratación nacional.

- Todos los participantes del sector privado y 85% del sector público creen que existe una opinión generalizada que las entidades públicas son ineficientes e injustas.

- El 53.3% de los funcionarios del sector público opina que los objetivos anticorrupción afectan las políticas y procedimientos de la CP, aunque no son explícitos en cómo esto ocurre. Sin embargo, a la postre, los controles no parecen estar produciendo los resultados deseados. El 76% de los encuestados entrevistados cree que tanto proveedores como funcionarios buscan formas para eludir las normas y los procedimientos de CP. Además el 86.7% sugiere que las medidas de lucha contra la corrupción son insuficientes y no se aplican de manera efectiva."

Respecto de las *conclusiones y recomendaciones* generales, destacamos las que tienen un mayor grado de relevancia:

"- El estudio tiene que ver con las políticas públicas y la urgente necesidad de contar con un enfoque estratégico, así como realizar un esfuerzo importante para coordinar las iniciativas anticorrupción con la CP. Esta coordinación debe hacer énfasis en el desarrollo e implementación de regulaciones que sean eficaces, sostenibles, integradas y basadas en resultados lo que beneficiará, en el largo plazo, tanto a los gobiernos como al sector privado.

- Los beneficios de más controles, aún más estrictos, no pueden ni deben darse por sentados. La falta de claridad normativa, la complejidad y las anomalías institucionales socavan los objetivos de la CP y de la lucha contra la corrupción, así como los *objetivos generales de la gobernanza, el imperio del derecho y la legitimidad*.

- Además existe una imperiosa necesidad de profesionalización que incluya procesos interdisciplinarios (contabilidad, auditoría, procesos legales, contratación) y formación práctica en CP, así como cuestiones más amplias como la integridad y la rendición de cuentas.
- Las autoridades deben también afrontar los grandes casos de corrupción y ganar credibilidad y legitimidad asegurando que los casos más significativos sean atacados. La corrupción afecta todas las etapas del proceso de contratación pero el ímpetu y credibilidad del sistema será promovido a través de la resolución de casos concretos y señales que el Estado enfrenta el problema con seriedad".

En cuanto a las *conclusiones* del estudio para el caso de Perú, enfatizamos aquellas vinculadas con nuestra investigación:

- "- Las conclusiones generales con respecto al Perú son que existe demasiada burocracia influida por un enfoque sumamente legalista, apoyado en formalismos tradicionales. La corriente subyacente es la presunción (que parece ser correcta) que existe una gran corrupción en la CP y que una manera de resolver el problema es creando desincentivos burocráticos, exigiendo más trabajo y creando dificultades, lo cual, en teoría, hace más difícil que los actores corruptos tengan éxito. Esto, sin embargo, tiene un impacto negativo sobre la eficiencia del sistema, el cual aún puede ser manipulado por los actores corruptos relativamente más sofisticados.
- Las reglas y reglamentos son sin duda influenciados por preocupaciones anticorrupción pero también existe una marcada tendencia a reforzar el marco legal y multiplicar leyes y reglamentos para paliar el problema.
- Por otra parte, esta actitud influye en la capacitación, entrenamiento y educación ya que se pone énfasis en la reglamentación, ética general, principios y valores, así como en los aspectos técnicos y procedimentales, de forma que la conexión entre valores o principios y prácticas rutinarias no se realiza adecuadamente.
- Además, las acciones anticorrupción parecen centrarse en problemas y delitos relativamente menores (corrupción hormiga), que en la práctica socava la confianza popular en los funcionarios públicos y las instituciones, sin paliar el problema mayor.
- De otro lado, las medidas de transparencia han hecho que las acciones públicas sean más visibles. Esta visibilidad, sin embargo, se relaciona más con aquellos que ya están relativamente bien informados o aquellos con intereses concretos en el tema, en lugar de público en general. Por otra parte, mientras más activa la lucha contra la corrupción, mayor es la percepción del público en general que la corrupción aumentó.

- Tanto el sector público como el privado se ven afectados por problemas de valores. Muchos opinan que fortalecer la integridad, tanto de funcionarios públicos como empresarios, es una alta prioridad y que crear capacidad es indispensable pero no sólo sobre cuestiones técnicas, sino sobre el valor de la integridad.

- Al mismo tiempo, las leyes no son plena y coherentemente aplicadas, y tampoco se considera que lo sean. No hay estadísticas sobre los casos de corrupción y delitos conexos. Las únicas cifras encontradas fueron sobre denuncias e investigaciones, pero nada con respecto a los resultados de los actos oficiales.

- Según muchos entrevistados de la sociedad civil peruana, en este clima general, el uso de leyes no es suficiente ni eficaz".

Aunado a lo anterior, el Informe sobre la Integridad en la Contratación Pública de la OCDE (2009: pág. 19)¹³⁴, plantea que existen en el ámbito Iberoamericano *zonas oscuras* en la contratación estatal menos sometidas a los requisitos de transparencia y, por ende, vulnerables potenciales a la corrupción. Por su parte, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción encargó a la empresa encuestadora Ipsos¹³⁵ en 2103, una encuesta nacional denominada "Lucha contra la corrupción desde el sector privado". Del informe se desprende una relación entre corrupción y CP, por ejemplo de acuerdo a las preguntas: a) ¿es un acto de corrupción? 1) Dar bienes o dinero para que una empresa sea favorecida en una licitación, el 98% de los encuestados respondió afirmativamente, 2) Solicitar a un funcionario público u otra persona que favorezca a la empresa en una licitación, el 97% de los encuestados respondió afirmativamente, 3) Pactar con otras empresas sobre quién debe ganar una licitación/concurso, el 89% de los entrevistados contestó sí; b) ¿cuáles son los procesos de mayor vulnerabilidad para la corrupción entre el sector privado y público?, con un 84% fue en los procesos de compra del Estado, contrataciones, licitaciones, etcétera.

Así mismo, la encuesta revela que "La falta de ética y diversos factores de la gestión pública como la burocracia, la falta de control y el exceso de normas facilitan la corrupción", pues a la pregunta c) ¿cuánto facilitan cada uno de los siguientes elementos

¹³⁴ En el año 2008, fue aprobada la adhesión de Perú a la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 1976 y se le incorporó como miembro observador en el Comité de Inversiones de la OCDE. Posteriormente, en el año 2009, Perú se adhirió al Centro de Desarrollo de la OCDE. (Ver: <http://www.oecd.org/fr/pays/perou/peruseadhierealadeclaraciondelaocdesobrelainversioninternacional.htm>).

¹³⁵ Instituto Nacional de Administración Pública y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2009). "La Integridad en la Contratación Pública. Buenas prácticas de la A a la Z". Pág.19. INAP: Madrid.

a que una empresa privada proponga, acepte o realice un acto de corrupción en su relación con el Estado?, se obtuvo como respuesta en los aspectos relevantes relacionados al sector público y por ende a factores relacionados con el marco normativo, el ciclo de las políticas públicas y la buena gobernanza que *lo facilita mucho*: el 54% percibe que influye la *burocracia excesiva e ineficiente*, el 44% se encuentra de acuerdo en señalar que es la *ausencia o debilidad de mecanismos de control para prevenir actos de corrupción en el sector público*, el 49% señala que influye la *corrupción en las entidades estatales con las que trabajan*, el 48% percibe que es el factor *excesivo número de leyes, normas y regulaciones engorrosas* y, el 47% opina que es el factor *deficientes mecanismos de investigación y sanción de actos de corrupción en el sector público*.

Cabe indicar que, se determina en la encuesta que "Los procesos de compra del Estado y los trámites administrativos se perciben especialmente vulnerables hacia actos de corrupción", pues a la pregunta d) *¿cuáles son los procesos de mayor vulnerabilidad para la corrupción entre el sector privado y público?*, se obtuvo como respuesta que el 84% de los encuestados percibe que son los *procesos de compra del Estado, contrataciones, licitaciones, etcétera*.

Entonces con este *estado de cosas* apoyado en diversas fuentes (directas e indirectas) podemos presuponer que sí existen elementos para poder plantear un problema de corrupción en Perú en la CP. Este supuesto como hemos insistido solo es una aproximación, de igual manera se tendría que problematizar si el problema de la corrupción constituye o no un problema público.

4.2. ELEMENTOS DE ANÁLISIS

En este capítulo como ya se hizo en los capítulos precedentes se analizó el marco normativo de la contratación estatal en Perú con base en la matriz articuladora específica que se desarrolló en la sección metodológica de este trabajo. Por supuesto, como es de esperar al situarse el caso Perú intentamos ampliar el análisis pero las limitaciones en cuestión fueron determinantes. Por ejemplo, la ausencia en algunos casos, y en otros la tardía creación de programas, planes y políticas estratégicas, y por

ende de los indicadores en materia de CP no permitieron ahondar en una mayor comprensión no solo normativa de la CP sino también de los procesos directivos, la eficiencia-eficacia, entre otros. Esta misma situación resultó para el fenómeno de la corrupción, lo que nos indica cuán grave y complejo resultó articular un análisis en estas condiciones. Una premisa ineludible hoy en día sobre la complejidad de la relación entre corrupción y CP, es que las problemáticas que resultan de dicha relación no sólo se puede abordar desde lo que se prevé en la legislación o cómo ésta ha evolucionado, además se requiere vertebrar la normatividad con el proceso de formulación (diseño e implementación) de las políticas que de ella se derivan. Como lo hemos advertido en el desarrollo problemático de este trabajo, el marco normativo de la CE y el marco normativo de combate a la corrupción son resultado de la interacción que se propician en un momento dado entre los intereses que persiguen actores e instituciones.

Bien pues, según lo hemos comentado en el estado de la cuestión, la normativa de CP y de combate a la corrupción peruana ha venido evolucionando y experimentando desde la década de los años 80s una serie de transformaciones de diverso alcance según el momento político de cara al proceso de Modernización de la Gestión Pública y Descentralización Gubernamental. En ese sentido, el análisis partió de situar/identificar en el marco normativo de la CE los elementos clave en la CP y los factores de gobernanza de las políticas y su conexión con los criterios de implementación que pudieran estar previstos en los programas o planes del área en cuestión, o en su caso de no existir estos observar si la normatividad establecía de forma general los criterios básicos que deberían prever tales programas o planes. *La interacción entre los elementos y factores resultó el núcleo del análisis.* Para dar operatividad al análisis como ya se estableció en la parte del planteamiento del problema, se seleccionó como elemento clave de la CP siguiendo los criterios de Rivero Ortega a la “Licitación Pública”. En cuanto a los factores de gobernanza (atendiendo a Luis Aguilar y el Libro Blanco de la Gobernanza) se eligieron capacidades directivas, eficacia y profesionalización de la función pública.

Una vez trazadas estas coordenadas se buscó analizar si en el engranaje entre elementos y factores en la normativa de la CE se había generado una sinergia para inhibir o limitar las diversas prácticas de corrupción en la CP. Ahora bien, apoyándonos

en la línea de tiempo 1995–2013 que hemos planteado como evolución del marco normativo de la CP, identificamos como puntos de inflexión la Ley de 1998 y el Decreto Legislativo de 2008. En términos generales estos dos cuerpos normativos responden a una serie de reformas legislativas condicionadas por el momento político cuyos objetivos entre otros eran crear o reformar dichos marcos a fin de fortalecerlos, incorporar innovaciones y de forma estratégica dar coherencia y sistematización a la normatividad en CP. Es decir, las reformas buscaron, por una parte, codificar la dispersa legislación a fin de ponerla en sintonía con las buenas prácticas internacionales en función de los requerimientos de una economía de libre mercado, de la liberalización comercial y de inserción a la globalización, en tanto palancas de un “nuevo modelo de desarrollo”; y de la otra parte, intentar con esa codificación inhibir las prácticas que en esos contextos facilitaban el fenómeno de la corrupción en la CP.

Los dos cuerpos normativos específicos en cuestión son: 1) la Ley N° 26850 de 1998; y, 2) el Decreto Legislativo N° 1057 de 2008. Por qué se eligió esta normativa, a grandes rasgos porque:

- **Ley N° 26850 -"Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado" (1998).** Con esta Ley se produce un gran cambio en la CP peruana, pues hasta ese momento la normativa que la regulaba se encontraba dispersa y carecía de elementos (principios generales, criterios comunes, un único ente rector, así como de un tribunal que se pronunciara sobre los conflictos) que no solamente hicieran viable una mejor operatividad del sistema de contratación estatal, sino que también generarán la seguridad jurídica que otorgase legitimidad a dicha actividad de la administración pública. *El rasgo característico se focalizó en la codificación e integración en función de principios generales y comunes a la CP.*
- **Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado (2008).** En esta Ley se adecuó la normativa de contratación estatal a estándares internacionales, en razón una serie de criterios previstos en la normativa de negociación del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Perú y los Estados Unidos de Norteamérica y a fin de consolidar el crecimiento e intercambio económico del país. Resulta relevante anotar que la normatividad de negociación del TLC fue condicionante para el

sentido y contenido de un conjunto de reformas legales transversales a dicho tratado, cobrando importancia las reformas en materia de CP. Los criterios más destacados de la normativa del TLC para nuestro interés están en el capítulo 9 del Tratado:

- La inclusión de los principios de Promoción del Desarrollo Humano¹³⁶, Publicidad¹³⁷, Equidad¹³⁸ y Sostenibilidad Ambiental¹³⁹.
- Publicación de los Planes Anuales de Contrataciones.
- Delimitación de los plazos para la presentación de propuestas en los procesos de selección.
- Publicación de toda la información necesaria de la convocatoria (por ejemplo: naturaleza de la contratación, especificaciones técnicas, garantías, los criterios de evaluación, el valor referencial, el calendario del proceso).
- La posibilidad de impugnación (en los procesos de selección) ante un órgano independiente e imparcial¹⁴⁰, que se otorga a proveedores que tengan tratado o compromiso internacional.
- Se establece como principio la igualdad de trato, en el caso de las contrataciones enmarcadas dentro del ámbito de tratados o cualquier compromiso internacional de conformidad con las reglas y requisitos que estipula la Ley y su Reglamento.
- Entre las exoneraciones a la convocatoria de proceso de selección, destaca la contratación de adicionales de obra hasta por un máximo del 50% del monto originalmente contratado.

¹³⁶ Principio de Promoción del Desarrollo Humano: La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.

¹³⁷ Principio de Publicidad: Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.

¹³⁸ Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

¹³⁹ Principio de Sostenibilidad Ambiental: En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.

¹⁴⁰ Esta disposición fue derogada por la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29873 -Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017 -Ley de Contrataciones del Estado, publicada con fecha 01 de junio de 2012.

Resalta la importancia de esta normativa a nivel histórico pues exige que nuestro sistema de contratación estatal requiera de operadores jurídicos (como funcionarios, proveedores, fiscalizadores, entre otros) que desarrollen una gestión eficaz y eficiente. *El rasgo característico de este Decreto Legislativo se focalizó en incorporar a esta Ley los estándares internacionales de CP, asimismo se vio favorecida esta Ley porque se obliga al Estado con el paquete de reformas¹⁴¹ a impulsar la creación de un servicio civil de carrera, de igual forma se obliga a la profesionalización por disposición normativa en la materia de CP de todos los actores públicos y privados que participan en la misma.*

Aún cuando en esta Ley y el Decreto Legislativo se incorporan innegables avances normativos, aún no se tiene una evaluación sobre la implementación y los alcances de las mismas, por citar un caso en cuanto a la reforma sobre el servicio profesional de carrera en lo referente a la contratación de personal, lejos de verse fortalecida el área de CP ha quedado expuesta a la inestabilidad jurídica en materia laboral.

En síntesis, una vez que se identificaron aquellas disposiciones normativas que incorporaron cambios relevantes¹⁴² en la CP pasamos a analizarlas según el esquema de nuestra matriz articuladora específica considerando los siguientes pasos:

1. Describir normativa y conceptualmente el "procedimiento de licitación pública" y ponerlo en contraste con la definición normativa de la Ley o disposición normativa anterior inmediata a 1998. Destacar qué cambios hubo si es que los hubo normativamente y su alcance en la codificación del marco normativo de la CP.
2. Identificar en la Ley de 1998 si se prevé alguna o algunas de las características de los factores de gobernanza de las políticas: capacidad directiva, eficacia y servicio civil de carrera y de ser así de qué manera se correlacionaron o no, con programas, planes y políticas que facilitarán la implementación de la Ley en cuanto a la Licitación pública.

¹⁴¹ El Poder Ejecutivo en razón a las facultades delegadas para legislar sobre el TLC, aprobó un paquete de 99 Decretos Legislativos.

¹⁴² En un sentido de *mainstreaming*.

3. Identificar y describir normativamente que medidas de combate a la corrupción se incorporaron en el marco normativo de la CP o qué programas o planes específicos (o en su caso general) se crearon para el combate a la corrupción en la CE. Y de qué manera si es posible establecer que en la codificación de la Ley 1998 se establecieron capacidades institucionales y directivas, y un entorno favorable para inhibir y combatir prácticas de corrupción en esta área.

4. Conclusiones con un acercamiento comparativo para ambas normativas.

4.3. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.3.1. CONTEXTO GENERAL DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las reformas al marco normativo de la CP son resultado del proceso de modernización de la Administración Pública o de reforma del Estado que se llevaron a cabo en la década de los 80's y 90's. Entre los factores detonantes para impulsar profundas reformas en la contratación estatal destaca la corrupción en este sector, así como la ineficiencia de la administración pública manifestada en la falta de respuesta a la problemática social de la época (inflación, terrorismo, desempleo, entre otros).

Los procesos de CP, desde los años 80's hasta casi finales de los 90's se encontraban regulados por varias normas en función de su objeto. Al respecto, el Reglamento Único de Adquisiciones de 1985¹⁴³ (RUA) regulaba el suministro de bienes y la prestación de servicios no personales; el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas de 1980¹⁴⁴ (RULCOP) regía para el caso de la ejecución de obras y, el Reglamento General de Actividades de Consultoría de 1987¹⁴⁵ (REGAC) normaba la prestación de servicios de consultoría.

Así, existía un marco normativo *disperso* pero especializado en función al objeto de la contratación. Además, la dispersión normativa no era lo único que caracterizaba a

¹⁴³ Aprobado por Decreto Supremo N° 065-85-PCM publicado con fecha 19 de julio de 1985 en el diario oficial El Peruano.

¹⁴⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 034-80-VC de 21 de noviembre de 1980, publicado el 24 de noviembre de 1980 en el diario oficial El Peruano.

¹⁴⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 208-87-EF de fecha 05 de noviembre de 1987.

la CP, sino que cada tipo de régimen tenía un organismo rector diferente -en caso lo tuviera-, por tanto no necesariamente se aplicaban principios similares, existía diversos registros de proveedores, a veces uno por cada entidad contratante lo cual incluía requisitos distintos para inscribirse en ellos, y las controversias eran resueltas por tribunales que no tenían relación entre sí, en caso no lo hicieran las propias entidades contratantes.

4.3.1.1. LA LEY N° 26850 -LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (1998)

ANTECEDENTE GENERAL

Según Danós (2005), la tercera y última etapa de la evolución del régimen de la contratación de la administración pública en Perú se inicia en la década de los 90's, en el contexto de un proceso de reformas estructurales en sintonía con un modelo económico mundial de carácter liberal, que se encontraba caracterizado por la apertura de los mercados a la competencia, la eliminación de restricciones a la inversión al sector privado, la reducción del aparato del Estado y la reorientación de sus competencias principalmente en materia económica para concentrarlo únicamente en las funciones básicas o esenciales. Asimismo este proceso de reformas estructurales económicas es simultáneo al proceso de transición a la democracia. A consecuencia de las reformas estructurales, se transfirió al sector privado la producción de bienes y la prestación de servicios que hasta entonces eran gestionados exclusivamente por entidades estatales, mediante los procesos de privatización (venta) de la propiedad de empresas públicas y el otorgamiento de concesiones a empresas privadas para la prestación de actividades calificadas jurídicamente como servicios públicos y para la explotación de obras públicas de infraestructura principalmente de transporte (puertos, aeropuertos, etcétera.).

Dentro de este contexto, a finales de los años 90's se aprobó la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹⁴⁶, y su Reglamento el Decreto

¹⁴⁶ Ley N° 26850 -Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada el 03 de agosto de 1997 en el Diario Oficial El Peruano.

Supremo N° 039-98-PCM¹⁴⁷, ambas normativas vigentes a partir del 29 de setiembre de 1998. En la Ley se fusionaron el RUA, RULCOP y RECAG, lo que implicó un novedoso ejercicio legislativo, jurídico, de políticas públicas, de la administración pública, de economía pública que vertebró tanto a la Ley como el Reglamento en un sólo cuerpo normativo todas las disposiciones normativas de la CP que se encontraban no solo dispersas sino también parte de ellas eran contradictorias unas con otras.

1. Descripción normativa y conceptual de la Licitación Pública.

El Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) de 1985 disponía en cuanto a la Licitación Pública que ésta era una *“Modalidad de adquisición caracterizada por la libre concurrencia de postores a una adquisición de bienes o de servicios no personales, a partir de cierto valor monetario total de referencia fijado por la Ley general o específica”*¹⁴⁸. Es importante señalar que, la licitación pública conformaba una de las cinco clases¹⁴⁹ de licitación que determinaba este reglamento. Por su parte la versión codificada de 1998 que integra tres normas preveía: *“La licitación pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto”*¹⁵⁰. En esta ley ya no se prevén varias clases de licitación, por cuanto desde ya se constituye en un esfuerzo de *simplificación administrativa* que representa una ventaja que facilita la labor de la administración al reunir cinco clases de licitación en una sola y como desventaja, que implica para su práctica y aplicación, un esfuerzo de especialización y profesionalización en el conocimiento de la nueva normativa, tanto por parte del sector público como privado dedicado a la contratación estatal. En términos doctrinales, la Licitación pública constituye “un proceso administrativo por el cual la administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato” (Dromi, José: 1997, pág. 323).

¹⁴⁷ Publicado el 28 de setiembre de 1998 en el Diario Oficial El Peruano.

¹⁴⁸ Ver literal m) del artículo 1.2.1. del Decreto Supremo N° 065-85-PCM -Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) de 1985.

¹⁴⁹ Licitación Pública, Licitación o Concurso Público Desierto, Licitación Pública o Concurso Público Desierto, Licitación Pública o Concurso Público Nulo y Licitación Selectiva.

¹⁵⁰ Artículo 15° de la Ley N° 26850 de 1998.

Según la UNCITRAL, las características básicas de las licitaciones son las siguientes: como regla general, la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas; la especificación y descripción completa en el pliego de condiciones de los bienes, de las obras o de los servicios objeto del contrato a fin de que los proveedores o contratistas puedan preparar sus ofertas sobre una misma base; la revelación completa a los proveedores o contratistas de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de las ofertas y para la selección de la oferta ganadora (por ejemplo el precio únicamente, una combinación del precio y de algunos criterios técnicos o económicos); la estricta prohibición de toda negociación entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas sobre el contenido de sus ofertas; la apertura pública de sus ofertas al término del plazo para su presentación; y la notificación de toda formalidad requerida para la entrada en vigor del contrato adjudicado¹⁵¹.

En función de estos elementos podemos decir que el concepto normativo de la licitación pública en la Ley de 1998 incorporó cambios en sentido jurídico y doctrinal:

- Se simplificó en una sola clase (licitación pública) al instrumento de selección denominado licitación.
- La licitación pública forma parte de los procesos de selección dejándose de llamar modalidad de adquisición.
- El objeto de contratación de la licitación pública comprende obras, bienes y suministros dejando de incluirse a los servicios no personales.
- Se precisa que su convocatoria se hace dentro de los márgenes de la Ley Anual del Presupuesto a diferencia de la norma anterior, que hacía mención a la Ley general o específica. Al quedar sujeta la licitación pública a la Ley de Presupuesto es que además incorporada a los mecanismos de control y fiscalización previstos en la Ley de Presupuesto.
- De la contrastación del concepto de licitación pública de la doctrina con el contenido en la nueva ley, se denota la falta de muchos de los atributos contenidos en la primera de ellas, los cuales se encuentran conformando los principios generales de la CP y la contradicción con el único elemento común a ambos, es

¹⁵¹ UNCITRAL, Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre contratación de bienes, obras y servicios. Naciones Unidas, 1995.

decir el objeto de la contratación, pues el concepto de la doctrina incluye a los servicios mientras que la Ley no lo hace; lo cual resultaría previsible al ser la licitación pública el proceso administrativo tipo que se utiliza para la contratación estatal y que por ende debería comprender todas las prestaciones que satisfagan las necesidades de la administración pública.

2. Identificación de las características de los factores de gobernanza presentes en la Ley de 1998 y su correlación con la implementación de políticas de fomento para su aplicación en la Licitación Pública.

En esta Ley en los artículos 3º, 11º, 23º y 47º intentamos asociarlos para nuestro análisis con algunas de las dimensiones que componen los factores de gobernanza de las políticas¹⁵²: capacidad directiva, eficacia y servicio civil de carrera:

• FACTOR CAPACIDAD DIRECTIVA

En el proceso de creación de esta Ley, la CP adquirió un carácter de asunto público estratégico tanto para la reforma de la administración pública como de combate a la corrupción, por lo tanto, la CP se abrió paso como una cuestión de política pública. Vinculado a ello, el desarrollo de los debates y análisis alrededor de este proceso incorporaron la necesidad de pensar en las condiciones de factibilidad de la nueva Ley, el concepto que se puso en juego para pensar en esas condiciones de factibilidad fue el de la gobernanza. De esta forma cobraron sentido aspectos que la reforma buscaba organizar en torno a la codificación de la nueva normativa como integración, coordinación y coherencia. Desde este objetivo de codificación tópicos propios de la gobernanza resultaron relevantes en los debates y en los contenidos de la Ley: a) *regulación*; b) *principios comunes*; c) centralización de las actividades de regulación; d)

¹⁵² En la matriz articuladora que desarrollamos en la propuesta metodológica hacemos mención de estos factores de gobernanza de las políticas: **Capacidades directivas**: a) Procedimientos y prácticas (decisiones financieras, estratégicas, normativas, de innovación de procesos y productos); b) Alta dirección; c) Proceso directivo; y, d) Eficiencia de la administración pública. Eficacia: a) Medidas; b) Eficaces y oportunas; c) Objetivos claros (definidos por la evaluación de su impacto y experiencia acumulada); d) Producen resultados buscados. **Servicio Civil de Carrera (o Profesionalización de la función pública)**: a) Conjunto de reglas (jurídicas e instrumentales); b) El Estado selecciona personal (aptitudes y actitudes); c) Desempeño eficiente de sus actividades; d) Garantizar profesionalidad y objetividad de los funcionarios; e) Respeto de principios de igualdad, mérito y capacidad.

interpretación normativa; y, e) resolución de controversias entre muchos otros¹⁵³, todo ello con la finalidad de *facilitar*¹⁵⁴ la labor de los funcionarios operadores de la normativa de CP¹⁵⁵.

Según el concepto de apoyo, las capacidades directivas aluden centralmente al *proceso directivo*, a la vertebración de las competencias de los recursos en juego, a la calidad de las decisiones. Es el modo como los directivos elaboran y adoptan las decisiones estratégicas, normativas, de innovación y los sistemas de auditoría, control y evaluación del desempeño de la organización pública¹⁵⁶. Cómo derivamos este aspecto del proceso directivo para el análisis de la Ley de 1998. En nuestro análisis hemos dicho que la Ley de 1998 de la CP, tuvo un carácter de codificación de tres normas a fin de superar la dispersión que hasta ese entonces existía en la operación de la CP. Es decir, de una dispersión normativa a una codificación de las normas en un solo cuerpo jurídico que las sistematice necesariamente tendría en su implementación que contar con el factor de capacidades directivas. Para ejemplificar este proceso citamos el precepto normativo de Licitación Pública de esta nueva normativa: "La licitación pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto". Este precepto lo asociamos con el artículo 11º de la misma norma: "Antes de convocar a Licitación Pública o Concurso Público la Entidad deberá emitir una resolución o acuerdo, según fuere el caso, que encabezará el expediente que forme, el que deberá ser motivado y contendrá una justificación de su procedencia. Asimismo, deberá contar con la información técnica y necesaria, tener asegurada la fuente de financiamiento, fijar el sistema de contratación o adjudicación así como el calendario de las etapas del proceso". De estos dos artículos se puede derivar implicaciones fundamentales para asociar el proceso directivo. Por primera vez, las Licitaciones Públicas quedan encuadradas con las directrices de control y fiscalización y demás criterios que se fijan en la Ley de Presupuesto del Estado. Y se fija un planteamiento de gobernanza para el conjunto de interacciones que debe seguir el proceso de la licitación pública.

¹⁵³ Ente que actualmente se denomina Organismo Superior de las Contrataciones del estado -OSCE.

¹⁵⁴ Estos cuatro elementos de la gobernanza están asociados a las capacidades directivas.

¹⁵⁵ Danós, J. (Ibídem).

¹⁵⁶ Aguilar, L. (2013). Ob..Cit. pág.29-30.

Aunado a lo anterior, qué otros factores del proceso directivo coadyuvaron en la implementación de la Ley. Con esta norma se crea el principal órgano de gobierno de la CP, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Aunque no se tiene mayor información sobre las actuaciones y planeación de este Consejo respecto de sus primeros años, sino hasta el primer Plan Estratégico Institucional de la CP 2002-2005. De igual forma, la primera evaluación sobre el cumplimiento de las metas institucionales en la CP se hace en el año 2003 para el ejercicio 2002. A manera de tener una aproximación que nos ayudará a completar el análisis de las capacidades directivas, se revisó la primera evaluación de este Plan. El Plan Estratégico Institucional 2002-2005 estableció dentro de sus Objetivos Institucionales, tareas relacionadas con las capacidades directivas, como las siguientes:

- a) Fortalecimiento del Rol del CONSUCODE como ente rector y estratégico de la CP,
- b) La construcción de sistemas de información para la formación de redes intergubernamentales y del sector social y privado para dirigir los procesos de selección y sus contratos y c) El desarrollo de indicadores para la medición de la concreción de los objetivos estratégicos institucionales. Según se aprecia de la evaluación de los indicadores del período 2002-2005, realizada por el propio CONSUCODE cumplió con las metas proyectadas para los indicadores de sus objetivos estratégicos relacionados con el factor de gobernanza capacidad directiva.

- **FACTOR EFICACIA**

De acuerdo al Libro Blanco sobre Gobernanza Europea, se entiende por eficacia las *medidas* eficaces y oportunas para producir los resultados buscados, sobre la base de unos objetivos claros, que contengan una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada¹⁵⁷. Ahora bien, normativamente, en el artículo 3º de la Ley N° 26850 correspondiente a los principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones dice: "Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su Reglamento se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario a todos los contratistas; teniendo como finalidad garantizar que las entidades del Sector Público

¹⁵⁷ Gobernanza Europea -Libro Blanco.

obtengan bienes y servicios de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados".

Asimismo, a nivel del Plan Estratégico Institucional 2002-2005, para poder construir una relación entre el concepto teórico, el normativo y lo previsto en el propio plan, tuvimos que por aproximación establecer que la eficacia en términos de gobernanza está relacionada con los objetivos de la evaluación de dicho plan, los cuales son: a) Desarrollo del Sistema de Contratación Pública, b) Modernización Institucional, c) Descentralización Institucional, d) Fortalecimiento del Rol del CONSUCODE y e) Promoción de Redes Institucionales de Contratación Pública. Veamos, si asociamos eficacia como *medidas* y eficacia como *principios* tenemos la posibilidad de decir que nuestro marco de eficacia en términos de gobernanza está dado por estos cinco objetivos de evaluación. Ya que no se ha podido acceder al Plan Estratégico Institucional 2002-2005 y la fuente sobre la cual estamos trabajando es la Evaluación de los objetivos del año 2006.

En ese sentido, presuponemos bajo estas condiciones que sí se aprecia el elemento de eficacia en clave de gobernanza en la CP de la Ley de 1998. Cabe decir que según la evaluación estos cinco objetivos fueron parcialmente cumplidos.

• **FACTOR SERVICIO CIVIL DE CARRERA**

El factor de gobernanza servicio civil de carrera según las características principales de nuestro concepto de apoyo es "un conjunto de reglas (jurídicas e instrumentales) mediante las cuales el Estado selecciona a sus recursos humanos para el desempeño eficiente de su actividad, garantizando su profesionalidad y el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad"¹⁵⁸. Por su parte en la Ley de 1998 en su artículo 23° señala: "Para cada licitación pública o concurso público la Entidad del Sector Público designará un Comité Especial que deberá llevara adelante el proceso. El Comité estará integrado por no menos de tres *miembros* y se conformará con la participación de personas *que tengan conocimiento técnico de los bienes o servicios a adquirir*. (...).El Comité tendrá a su cargo la organización, conducción y ejecución de la integridad del proceso (...)" ; y del artículo 47°: "Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial

¹⁵⁸ Oslak, O. Ob. cit.

que participan en los procesos de adquisición o contratación de bienes y servicios son responsables del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento. En los casos en que las normas establecen márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario público, este deberá ejercerla de forma que sus decisiones estén acordes con los principios establecidos en el artículo 3° de la presente Ley. *La evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realizada por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en su cargo. Para tal efecto, la entidad podrá disponer, en forma periódica y selectiva, exámenes y auditorías especializadas".*

Para el análisis de este factor trataremos de agregar algunos elementos y contexto adicionales para su mejor comprensión. En el contexto de la realidad de ese entonces, en razón de los cambios que atravesó el Perú en materia política y económica, a partir del año 1990 se llevaron a cabo marcadas reformas administrativas en las que se tuvo como finalidad modernizar al Estado y flexibilizarlo mediante la simplificación de sus sistemas administrativos, sin embargo al demandar un alto costo presupuestario por la inversión en el sinceramiento de las planillas del Estado, solo se llegó a aprobar normativa de naturaleza administrativa que no tuvo incidencia en la gestión de personal del Estado. En el año 2002 se inició un proceso de modernización y descentralización del Estado y en el año 2004 se promulgó la Ley N° 28175 "Ley Marco del Empleo Público" como normativa transversal del empleo público que considera un solo régimen para todos los empleados del Estado, la cual aún no ha sido reglamentada y por tanto implementada.

Así, el factor de gobernanza servicio civil de carrera presente en la Ley de 1998, tampoco se encontró acompañado de una política general que otorgue estabilidad normativa en el campo del servicio civil de carrera y por ende que en su aplicación propugne una carrera pública que fomente la profesionalización de sus funcionarios o servidores. No obstante que, según el Plan Estratégico del CONSUCODE para el período 2002-2006 se ponía en relevancia la importancia de este factor de gobernanza al incluirlo en dos de sus objetivos institucionales como son: a) Desarrollo del Sistema de Contratación Pública con su indicador de medición "número de capacitación externa en

materia de contrataciones y adquisiciones del Estado provenientes del sector público y privado", y b) Modernización Institucional con el indicador "número de personal capacitado en programas y especialidades según la función que realizan". De las evaluaciones de los indicadores realizadas por el CONSUCODE se observa que los objetivos fueron cumplidos parcialmente.

Dentro del análisis anterior, es pertinente señalar que si bien es cierto la normativa impulsó la obligación para que tanto el personal encargado de las CP en la administración pública como los proveedores se profesionalizaran en el conocimiento de la misma, no obstante que a nivel de seguridad jurídica laboral y salarial no tuvo la misma correspondencia; ello creemos es importante resaltar por la fuerza de los incentivos que median el fenómeno de la corrupción.

3. Identificar las medidas de combate a la corrupción en la Ley de 1998, los planes o programas generales o específicos que se diseñaron para dicho efecto. Asimismo, identificar si se estableció capacidades institucionales y directivas para inhibir y combatir dicho fenómeno.

En la Ley de 1998 prácticamente no se establece un articulado o sección específica que prevea instrumentos o mecanismos para inhibir las conductas asociadas al fenómeno de la corrupción en la CP. A lo más, en el artículo 56° se establece dentro del ámbito de atribuciones del CONSUCODE, el que este comunique *a la Contraloría aquellos indicios de corrupción*, por cuanto sólo en los casos en los cuales durante el desempeño de sus funciones el ente rector de la CP tenga indicios de la presencia de corrupción deberá poner dicho hecho a conocimiento de la Contraloría General de la República (CGR)¹⁵⁹. Como hemos mencionado no pudimos tener acceso al Plan Estratégico Institucional de 2002-2006 con el cual pudiésemos tener algunos elementos de análisis

¹⁵⁹ La Contraloría General es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como, contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social. No puede ejercer atribuciones o funciones distintas a las establecidas en la Constitución Política, en esta Ley, las disposiciones reglamentarias y las normas técnicas especializadas que emita en uso de sus atribuciones. (Ver: <https://www.contraloria.gob.pe>).

para el tema de la corrupción, situación que igual se presenta con la evaluación de este plan. Pero aun más preocupante ha sido que durante el período 1998-2006 no existieron planes o políticas de combate a la corrupción en la CP, esto imposibilitó el poder establecer para el contexto post Ley 1998 un examen sobre cómo la codificación que se llevó a cabo en la Ley pudo haber inhibido o reducido la corrupción en la CP. Tan solo para dejar una perspectiva retomamos el siguiente análisis:

La carencia de políticas específicas contra la corrupción en la CP es un rasgo que destaca en el presente estudio y que hace poco factible la implementación de la normativa, más aun teniendo en cuenta que durante el período 2001-2006 no existió una política de carácter general definida de combate a la corrupción, pues entre los pocos avances que se hicieron al respecto se tiene la Iniciativa Nacional Anticorrupción que sirvió como base para generar instituciones administrativas responsables del tema y el inicio del sistema anticorrupción de carácter penal, así como también la creación de marcos regulatorios de apoyo como la Ley de Transparencia y Acceso a la Información y la Ley del Código de Ética de la Función Pública, los cuales a pesar de ser esfuerzos de políticas en el contexto general carecieron de un enfoque de lucha directa contra la corrupción, debido al voluntarismo y politización del tema que ha llevado a una confusión sobre el verdadero rol que le compete al gobierno.

No obstante, y a pesar de estos importantes avances, es posible señalar que esta política pública ha carecido de tres inconvenientes fundamentales que son la ausencia de un adecuado enfoque de la lucha contra la corrupción, la debilidad institucional del Ejecutivo y la carencia de una estrategia claramente definida; que a su vez son retos que el actual gobierno debería enfrentar con decisión para fortalecer la institucionalidad anticorrupción del país y sobre todo del Ejecutivo. (Chevarría, Ob. Cit.:2013, pág.6).

En síntesis, si tenemos en cuenta que en la Ley de 1998 no se prevé prácticamente una sistematización de artículos asociados al tema de la corrupción y lo único que incorpora la misma para el CONSUCODE es una atribución de comunicación de indicios de corrupción a la CGR, entonces tendríamos que hacer algunas conexiones con las políticas o planes que en años posteriores se hubieran realizado sobre la relación entre corrupción y CP. Lo que si nos ayudaría a comprender por qué en ese esfuerzo por codificar en la Ley de 1998 la dispersión normativa que imperaba, no se consideraron los aspectos de la corrupción, vendría muy a mano la perspectiva que acompañamos de Chevarría para el período 2001-2006: la política pública de combate a la corrupción en

Perú es caracterizada por tres áreas problemáticas: 1) la carencia de un enfoque y una estrategia; 2) la debilidad institucional (predominante del Poder Ejecutivo); y, 3) las condiciones de gobernabilidad. En este sentido, presuponemos que la ausencia de preceptos normativos en la Ley de la CP de 1998 sobre el combate a la corrupción en la CP se debe entre otras razones por la concurrencia de estas tres áreas problemáticas.

4.3.1.2. EVOLUCIÓN GENERAL DE LA NORMATIVA ENTRE 1999-2007

Posterior a la Ley de 1998, se observa que el marco normativo de la CP se ha venido modificando y reformando hasta la actualidad, siempre con una tendencia a uniformizarla e integrarla en un solo sistema a manera de consolidar la simplificación administrativa, según detallamos a continuación de manera secuencial:

- **Año 2001:**

- El primer Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones se promulgó mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM¹⁶⁰, como resultado de las diversas modificaciones de la Ley N° 26850.
- El segundo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado mediante Decreto Supremo N° 013-2001¹⁶¹; esta norma derogó al primer Reglamento aprobado por el D.S N° 039-98-PCM. Este Reglamento sufrió diversas modificaciones en el tiempo.

- **Año 2004:**

- El segundo Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM¹⁶².
- El tercer Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM¹⁶³. Este dispositivo establecía en su artículo 20° que la programación de las contrataciones y adquisiciones debería de realizarse de acuerdo al Sistema de Abastecimiento de Bienes, Servicios y Obras en la Administración Pública, a través de procesos técnicos de catalogación, adquisición,

¹⁶⁰ Publicado el 13 de febrero de 2001.

¹⁶¹ Publicado el 13 de febrero de 2001 y vigente a partir del 15 de marzo del mismo año.

¹⁶² Publicado con fecha 29 de noviembre de 2004 y vigente a partir del 29 de diciembre del mismo año.

¹⁶³ De fecha 26 de noviembre de 2004 y publicado el 29 de noviembre del mismo año.

distribución, registro y control, mantenimiento, recuperación de bienes y disposición final, que aseguren su unidad, racionalidad y eficiencia.

En síntesis en este período lo más destacable de las reformas fue:

1. La ampliación de la cuantía de los procesos de selección.
2. Diversificación de las formas de las garantías de las contrataciones.
3. Reducción de los plazos establecidos para la tramitación de los procesos de selección en el caso de la contratación de bienes y servicios.

4.3.1.3. EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1017 -LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (2008)

ANTECEDENTE GENERAL

Antes de comentar sobre los antecedentes generales, es preciso señalar que el Decreto Legislativo de 2008 se crea en el contexto que puede ser caracterizado por las áreas problemáticas: a) carencia de un enfoque y una estrategia; b) debilidad institucional (predominante del Poder Ejecutivo) y, c) condiciones de gobernabilidad (Chevarría: Ob. Cit.: 2013, pág.6). Es de advertir que estas problemáticas después de 10 años han sido atenuadas o reorientadas en función de las lecciones aprendidas.

Con fecha 04 de junio de 2008 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1017, que promulgó la Ley de Contrataciones del Estado, ello en virtud a la facultad de legislar que se le otorgó al Poder Ejecutivo por Ley N° 29157¹⁶⁴, en diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos; entre las cuales se encontraba la mejora del marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado. A través de este Decreto Legislativo se crea el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), organismo que asumirá las funciones y recursos que correspondían al CONSUCODE. Asimismo, se establecen los nuevos lineamientos para los procesos de adquisiciones y

¹⁶⁴ Ley N° 29157 - "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú -Estados Unidos, y con apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento".

contrataciones de bienes, servicios y obras que realizan las entidades públicas, así como aspectos concernientes a los contratos que se derivan de los mismos.

En relación al grado de factibilidad que tuvo para su implementación esta Ley, se tiene que la misma se vio afectada por los sucesivos cambios y reestructuraciones organizacionales y funcionales por las que atravesó el CONSUCODE (ente rector de la CP) según señala el punto "Generalidades" del Plan Estratégico Institucional para el período 2007-2011 que menciona que el CONSUCODE hasta diciembre de 2006 desempeñó sus funciones sobre la base del Plan Estratégico Institucional 2002-2006, sin embargo ante la coyuntura institucional, por la modificación de la Ley N° 26850 (Ley de 1998) a finales del año 2004, se acordó aprobar los objetivos del Plan Estratégico Institucional del CONSUCODE para el período 2005-2010, el cual hasta mediados del tercer trimestre de 2005 se encontraba en elaboración y que sirvió de insumo para la elaboración del Plan Estratégico Institucional para el período 2007-2011, a consecuencia de los diversos cambios a los cuales debió acogerse y adecuarse la institución¹⁶⁵.

Actualmente el Plan Estratégico Institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones -OSCE (antes CONSUCODE) es el que rige para el período 2012-2016, cuyos objetivos estratégicos difieren relativamente de los indicados para el período inmediato anterior. Asimismo, el ente rector de las contrataciones del Estado ha realizado las siguientes políticas: a) Plan Operativo Institucional (anual) desde el año 2009 hasta el 2014; b) Indicadores de Política Nacional desde el año 2012 al 2014; y, 3) Plan Institucional de Lucha contra la Corrupción.

2. Identificación de las características de los factores de gobernanza presentes en el Decreto Legislativo de 2008 y su correlación con la implementación de políticas de fomento para su aplicación en la Licitación Pública.

¹⁶⁵Plan Estratégico Institucional para el período 2007-2011. Ver en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/planeamiento>

Del análisis del Decreto Legislativo, en los artículos 2º, 4º, 6º, 24º y 46º se identifican principios y valores, los cuales se correlacionan con los factores de gobernanza de las políticas: capacidad directiva, eficacia y servicio civil de carrera¹⁶⁶.

- **FACTOR CAPACIDAD DIRECTIVA**

Para seguir con la misma línea de análisis, tenemos que las capacidades directivas hacen referencia al *proceso directivo*, a la vertebración de las competencias de los recursos en juego, a la calidad de las decisiones. Es el modo como los directivos elaboran y adoptan las decisiones estratégicas, normativas, de innovación y los sistemas de auditoría, control y evaluación del desempeño de la organización pública¹⁶⁷. Considerando esta definición la asociamos con el artículo 6º del Decreto Legislativo de 2008, cuyo contenido interpretamos que para su implementación se requiere del proceso directivo y de la alta dirección en el área de la CP. El artículo dice: "Cada Entidad establecerá en su Reglamento de Organización y Funciones u otros *instrumentos de organización*, el *órgano u órganos responsables* de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las *actividades que competen a cada funcionario*, con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes". Así, la normativa delega en cada Entidad y por ende en sus altos directivos, la responsabilidad para que dentro de su organización se lleve a cabo el proceso directivo en todas las fases y actividades que implican los procedimientos de contratación que requiera la propia entidad para su funcionamiento.

Cabe señalar que, la norma también alude a la finalidad del actuar directivo, relacionada con alcanzar niveles de eficiencia como resultado de dicho proceso de dirección, tal y como observamos del contenido del artículo 4º que contiene los Principios que rigen a las contrataciones (entre ellos el de "*eficiencia*") en cuyo último párrafo se señala: "(...) Estos *principios* servirán también de criterio interpretativo e

¹⁶⁶ En la matriz articuladora que desarrollamos en la propuesta metodológica hacen mención de estos factores de gobernanza de las políticas: **Capacidades directivas:** a) Procedimientos y prácticas (decisiones financieras, estratégicas, normativas, de innovación de procesos y productos); b) Alta dirección; c) Proceso directivo; y, d) Eficiencia de la administración pública. Eficacia: a) Medidas; b) Eficaces y oportunas; c) Objetivos claros (definidos por la evaluación de su impacto y experiencia acumulada); d) Producen resultados buscados. **Servicio Civil de Carrera (o Profesionalización de la función pública):** a) Conjunto de reglas (jurídicas e instrumentales); b) El Estado selecciona personal (aptitudes y actitudes); c) Desempeño eficiente de sus actividades; d) Garantizar profesionalidad y objetividad de los funcionarios; e) Respeto de principios de igualdad, mérito y capacidad.

¹⁶⁷ Aguilar, L. (2013). Ob.Cit. pág.29-30.

integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como *parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables* de las contrataciones".

Según lo expuesto en los antecedentes generales, la factibilidad de la implementación de la normativa se vio influenciada por la inestabilidad institucional del CONSUCODE, por cuanto el Plan que acompañó la aplicación del Decreto Legislativo de 2008, fue incluso anterior a su dación, nos estamos refiriendo al Plan Estratégico Institucional del CONSUCODE para el período 2007-2011, en el cual se aprecia el factor de gobernanza capacidad directiva en dos de sus objetivos estratégicos e indicadores, que identificamos como: a) Lograr una gestión de alta calidad que asegure el cumplimiento de los fines institucionales, que se concreta con los indicadores "al 2008 contar con procesos internos rediseñados", "al 2011 no menos del 80% de los usuarios de CONSUCODE califican el servicio como "muy bueno" y "bueno" y "el 100% de las oficinas desconcentradas prestan servicios integrados en forma eficiente al 2011"; y b) Fortalecer el liderazgo institucional en el ámbito de la CP en los procesos de integración internacional, cuyos indicador relacionado con la capacidad directiva es "A partir del 2007 la representación del Perú en materia de contratación recaerá en CONSUCODE". Según la evaluación del Plan Estratégico Institucional del CONSUCODE para el período 2007-2011 para el año 2009¹⁶⁸, las metas de los objetivos estratégicos fueron cumplidas parcialmente.

- **FACTOR EFICACIA**

Entendemos por eficacia las *medidas* deben para producir los resultados buscados, sobre la base de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada"¹⁶⁹. Por su parte, en el Decreto Legislativo de 2008 se traslada los principios y valores de la gobernanza que en el caso del factor eficacia podemos encontrar en su artículo 2º: "El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4º de la presente norma", y artículo

¹⁶⁸ Las evaluaciones de los años 2010 y 2011 no han sido publicadas en el Portal de Transparencia del OSCE.

¹⁶⁹ Gobernanza Europea -Libro Blanco (Ibídem)

4º que indica: "Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios...: (...) f) *Principio de Eficiencia*: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y *eficacia*". Así tenemos que las características principales de la eficacia se encuentran en el texto normativo, donde las *medidas* se corresponden con "las normas de la contratación" cuyo *objetivo* es el "óptimo uso del dinero de los contribuyentes" para producir *resultados buscados* con factores de "eficacia y oportunidad".

El acompañamiento de la normativa con la implementación de políticas específicas para la CP, la encontramos en el Plan Estratégico Institucional del CONSUCODE para el período 2007-2011, en el que es posible identificar el factor de gobernanza *eficacia* en su objetivo estratégico: "Optimizar los servicios que brindamos a fin de lograr que los agentes del sistema de CP, reconozcan al CONSUCODE como un aliado eficiente para una gestión ágil, oportuna, económica y transparente" acompañado de los indicadores: "Al 2011 se ha incrementado en promedio en un 40% la participación de postores calificados en procesos de CP" y "Se incrementará el número de proveedores inscritos en 26% al 2011". De la revisión de la evaluación del Plan Estratégico Institucional del CONSUCODE para el período 2007-2011 para el año 2009¹⁷⁰ se aprecia que las metas de los objetivos estratégicos fueron cumplidas parcialmente.

• FACTOR SERVICIO CIVIL DE CARRERA

Este factor de gobernanza puede ser definido como "un conjunto de reglas (jurídicas e instrumentales) mediante las cuales el Estado selecciona a sus recursos humanos para el desempeño eficiente de su actividad, garantizando su profesionalidad y el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad". Al respecto, podemos identificar que en el texto del Decreto Legislativo de 2008 se advierte la presencia de las características relevantes del factor de gobernanza servicio civil de carrera, así el segundo párrafo del artículo 6º dice: "(...). *Los funcionarios que formen parte del órgano encargado de las*

¹⁷⁰ Las evaluaciones de los años 2010 y 2011 no han sido publicadas en el Portal de Transparencia del OSCE.

contrataciones de la Entidad, deberán estar capacitados en temas relacionados con las contrataciones públicas, de acuerdo a los requisitos que sean establecidos en el Reglamento". Asimismo, señala en su artículo 24°: "En las licitaciones públicas y concursos públicos se designará a un Comité Especial que deberá conducir el proceso. (...) El Comité Especial estará integrado por tres (3) miembros, de los cuales uno (1) deberá pertenecer al área usuaria de los bienes, servicios u obras materia de la convocatoria, y otro al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. Necesariamente alguno de los miembros deberá tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación.(...)". En cuanto a la evaluación del desempeño como característica del servicio civil de carrera, la normativa en su artículo 46° indica: "Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes y servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento. En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4° del presente Decreto Legislativo. La evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realizada por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en su cargo. Para tal efecto, la Entidad podrá disponer, en forma periódica y selectiva, la realización de exámenes y auditorías especializadas".

En cuanto a la factibilidad de aplicación de la normativa derivada de la implementación de políticas podemos ubicar dos espacios de análisis:

Contexto General

Cabe indicar que, del contraste de esta normativa con los sucesos de la época de su promulgación, es decir del año 2008, se aprecia que confluyó con la última reforma del servicio civil que se inició el mismo año 2008; ello ante la ausencia de una política de recursos humanos que generó un servicio civil que no cuenta con una estructura única y coherente debido a la existencia de diversa normatividad regulatoria de la gestión de recursos humanos que se volvió inmanejable para el Estado.

Así, se promulgó el Decreto Legislativo N° 1023 mediante el cual se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil que es un organismo técnico especializado y que

dirige el sistema administrativo de gestión de recursos humanos del Estado. Asimismo, con la finalidad de uniformizar la gestión del servicio civil en el país, el Congreso de la República aprobó con fecha 02 de julio de 2013 la Ley del Servicio Civil -Ley N° 30057, que constituye una reforma total al servicio civil debido a que introduce todos los atributos de un servicio civil de carrera. Sin embargo, la implementación progresiva de esta normativa se encuentra programada en un plazo máximo de seis años.

Contexto Específico

En el que se ubica el Plan Estratégico Institucional del CONSUCODE para el Período 2007-2011 y se observa las características de promoción del servicio civil en sus objetivos estratégicos: a) Lograr una gestión de alta calidad que asegure el cumplimiento de los fines institucionales con el indicador "El 90% de personal aprueba la evaluación del desempeño de manera satisfactoria anualmente", y b) Optimizar los servicios que brindamos a fin de lograr que los agentes del sistema de CP reconozcan al CONSUCODE como un aliado eficiente para una gestión ágil, oportuna, económica y transparente con el indicador "Disminuir en 30% el porcentaje de desconocimiento en temas de contratación al 2011". Como lo hemos señalado anteriormente, de la evaluación del Plan Estratégico Institucional del CONSUCODE para el período 2007-2011 para el año 2009¹⁷¹, se aprecia que las metas de los objetivos estratégicos fueron cumplidas parcialmente.

En tal sentido, a pesar de las políticas de CP desarrolladas por el OSCE (hasta el 2008 denominado CONSUCODE) para coadyuvar a la implementación de la normativa se expresaron formalmente, el contexto general de las políticas de servicio civil no contribuyó a su realización pues a la fecha se encuentra aún en ciernes.

3. Identificar las medidas de combate a la corrupción en el Decreto Legislativo de 2008, los planes o programas generales o específicos que se diseñaron para dicho efecto. Asimismo, identificar si se estableció capacidades institucionales y directivas para inhibir y combatir dicho fenómeno.

¹⁷¹ Las evaluaciones de los años 2010 y 2011 no han sido publicadas en el Portal de Transparencia del OSCE.

Se advierte que el Decreto Legislativo de 2008, no hace mención expresa entre las facultades del OSCE en cuanto a la comunicación a la CGR sobre casos de corrupción, es más ya no se cita a la corrupción en la normativa.

En cuanto a los planes o programas de carácter general para el combate a la corrupción, durante el período 2006 -2011, que es el período durante el cual gobernó Alan García, se tiene lo siguiente:

"Las principales medidas de prevención de la corrupción adoptadas durante el gobierno de Alan García tenemos la Nueva Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo de 1998), se creó el Organismo Supervisión de Contrataciones del Estado (OSCE) y, se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil. Todas ellas instituciones que permiten una adecuada gestión de los recursos del Estado haciéndolos más eficientes y por ende más previsibles y transparentes. Otras medidas de prevención importantes son la regulación sobre protección de datos personales que complementa las normas de transparencia y acceso a la información del gobierno anterior y la creación de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, entidad articuladora que agrupa a los titulares de las principales instituciones vinculadas a la lucha contra la corrupción.

Entre sus mayores logros están el fortalecimiento del ámbito sancionador de la corrupción que se dio a través de importantes medidas como la implementación del Nuevo Código Procesal Penal -que ha cambiado las normas procesales haciéndolas mucho más garantistas y efectivas-, así como con el otorgamiento de nuevas competencias a la Contraloría General de la República para sancionar la corrupción en el ámbito administrativo y con la autorización para contratar a su personal directamente y no a través de instituciones controladas como era hasta entonces"¹⁷².

De otro lado, el impulso de políticas anticorrupción en el caso específico de la CP ha sido orientado por el OSCE solo a partir del año 2012, con la Programación de Metas y Políticas Nacionales que realiza de manera anual, en la cual en materia de "Política Anticorrupción" vertebrada con la política nacional tiene como objetivo "Fortalecer la lucha contra la corrupción en las licitaciones, las adquisiciones y la fijación de los precios referenciales eliminando los cobros ilegales y excesivos" para lo cual ha establecido sus respectivos indicadores de medición.

¹⁷² Chevarría, F. Ob. Cit. págs. 5-6

Cabe señalar que, en concordancia con la presencia de un Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2008-2011, se dispuso que cada Entidad debía elaborar sus respectivos planes sectoriales contra la corrupción, contexto dentro del cual a partir del año 2013, el OSCE viene aprobando su Plan Institucional de Lucha contra la Corrupción, cuyos objetivos se encuentran articulados con la política del sector Economía al cual pertenece dicha institución.

4.3.1.4. EVOLUCIÓN GENERAL DE LA NORMATIVA ENTRE 2009-2013

De igual manera, como ha sucedido anteriormente a la promulgación del Decreto Legislativo de 2008, el marco normativo de la CP se ha venido modificando y reformando hasta la actualidad, encontrándose estas últimas modificaciones alineadas con lo siguiente: "un eficiente régimen de contrataciones, según las buenas prácticas internacionales, exige procedimientos y documentos estandarizados, sólida planificación en función de la entrega oportuna de resultados, estrechos vínculos con la gestión presupuestal, personal conocedor de las características del mercado, vigilancia a la calidad y eficiencia, información siempre actualizada. Y teniendo en cuenta que, en las actuales condiciones de vulnerabilidad de la economía mundial, que afectaría el flujo de capitales hacia nuestro país, así como una reducción de las exportaciones nacionales, se hace necesario intensificar el uso de la política fiscal como instrumento para promover la creación de empresas e incentivarlas a realizar inversiones en investigación y desarrollo, lo cual a su vez tendrá efectos positivos en la competitividad del país"¹⁷³.

En tal sentido, se aprobó modificaciones al Decreto Legislativo de 2008 y a su Reglamento, según detallamos a continuación:

- **Año 2012:**
 - Ley N° 29873¹⁷⁴, se aprueba la modificación del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, por tanto se modifican 23 artículos y la Quinta Disposición Complementaria Final.

¹⁷³ Decreto de Urgencia N° 048-2011 -"Dictan medidas en materia de contratación pública para mejorar la eficiencia en el gasto público", publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 17 de agosto de 2011.

¹⁷⁴ De fecha 31 de mayo de 2012 y vigente a partir del 20 de setiembre del mismo año.

- Decreto Supremo N° 138-2012-EF¹⁷⁵, también se modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF) en 144 artículos, la Segunda, Tercera y Cuarta Disposición Complementaria Final, la Primera, Sexta y Octava Disposición Complementaria Transitoria y los Numerales 11, 33 y 40 del Anexo Único.

En síntesis en este período lo más destacable de la reforma se dio en los siguientes aspectos:

- Fortalecimiento del OSCE en cuanto a la mejora de sus procedimientos internos relacionados a sus funciones de supervisión, regulación y solución de controversias.
- Mejorar la eficacia y eficiencia y efectividad en el uso de los recursos públicos de las entidades.
- Generar mayor confianza en las instituciones públicas por parte de la ciudadanía.

Las conclusiones para el caso de Perú son:

1. A partir de los programas de Modernización de la gestión pública en los años 80's y 90's, el Perú inicia una serie de transformaciones drásticas en el ámbito de la administración pública. La persistencia de valores y prácticas que imperaban en oposición a la visión de modernización representaron un enorme desafío, pero todavía más grave y complejo eran las estructuras de corrupción ancladas en el funcionamiento de la administración. Principalmente el programa de Modernización se implementa en un contexto de baja regularidad institucional y anomia en el Estado de derecho. Este contexto se verá agudizado o atemperado según el gobernante de turno y la correlación de fuerzas del momento. En este contexto se debe situar la trayectoria que siguieron las reformas al marco de CP en Perú, gradualmente las reformas fueron siguiendo un patrón de codificación e integración acorde a los estándares internacionales y a las necesidades propias del país. En ese sentido, podemos plantear una posible relación directa entre las reformas que buscaron codificar la legislación dispersa, adaptándola tanto a las buenas prácticas internacionales como a las disposiciones supranacionales anticorrupción de las

¹⁷⁵ De fecha 06 agosto de 2012 y vigente a partir del 20 de setiembre del mismo año.

que se hizo parte el Perú; y la viabilidad a la operatividad de un sistema de contratación estatal en el cual se cuente con medidas para inhibir las prácticas que facilitaban el fenómeno de la corrupción en la CP.

2. Por aproximación es posible situar una relación entre la legislación peruana sobre CP y los factores de gobernanza que son propios de los organismos supranacionales. Aunque el concepto de gobernanza es de reciente uso en América Latina, y tiende a usarse desde múltiples aristas, éste nos ha permitido para el caso Perú, el poder establecer de qué manera el marco de CP incorporó según nuestro análisis aquellas dimensiones asociadas al proceso directivo y al servicio profesional de carrera. Si bien, insistimos, no están de una forma directa y explícita, sí se hallan desde una mirada general. Sin embargo, en concordancia con lo indicado por Aguilar, la presencia de elementos de gobernanza que favorecen la eficacia de la normativa no se constituye en la causa del impacto proyectado por la propia Ley, pues existen otras situaciones sociales que condicionan dicho resultado que para el caso peruano se advierte que la aplicación de la normativa de CP en el contexto de la realidad ha sido poco factible para combatir el fenómeno de la corrupción pues no se ha contado con: a) políticas públicas que tiendan a definir una estrategia para ello; b) instituciones sólidas que le brinden sostenibilidad, y c) la presencia de condiciones de gobernabilidad.

3. En el caso peruano, a diferencia de los casos de Chile y España, el marco normativo de la CP no ha formado parte de una política específica, así como tampoco ha respondido a una articulación de las instituciones que se han ido creando de manera dispersa y sin responder a un objetivo en común como es el combate a la corrupción en la CP. Por lo que, no resulta posible determinar una relación causal directa entre ésta compleja problemática y la presencia de prácticas de corrupción en dicha área, puesto que aún cuando en los países objeto de estudio comparado no se presentan las condiciones adversas antes indicadas, se sigue configurando dicho fenómeno.

4. Al realizar el análisis de la evolución de la legislación de CP en Perú y compararla con la normativa de España y Chile, ha sido posible identificar características que la representan de manera particular y que indicamos a continuación:

a) La normativa de CP se encontraba dispersa y regida por entes rectores diferentes cuyos criterios expresados en sus resoluciones eran incluso contradictorios entre sí.

b) La codificación y compilación de la normativa en un solo cuerpo de leyes generó un avance trascendental tanto para el sector público (la Administración Pública logra realizar sus compras públicas de mejor manera y orientada al logro de sus objetivos, generando la creación de valor público y por ende obtiene de la ciudadanía la reafirmación de su legitimidad) como para el sector privado (que vio en las compras públicas un sector con el cual realizar inversiones y además se tuvo que especializar en el conocimiento de la normativa).

c) La unificación de la normativa generó reformas administrativas que se derivaron en la creación de un sistema de compras públicas que cuenta con un ente rector (Organismo de Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE), un Tribunal (encargado de resolver las controversias que surjan entre el Estado y los postores durante el proceso de contratación y encargado de aplicar sanciones ante el incumplimiento de la normativa de CP), un sistema electrónico de contrataciones denominado SEACE (que utiliza la internet para el intercambio de información, difusión y seguimiento de la ejecución de las contrataciones, con la finalidad de brindar transparencia, optimizar, modernizar y generar eficiencia en las contrataciones públicas) y un Registro Nacional de Proveedores (RNP) del Estado.

d) Los procesos de contrataciones señalados por la normativa tienen por objeto la adquisición de bienes, la contratación de servicios y la ejecución de obras, por lo que no se encuentran incluidas las concesiones de obras que se optó por regularlas en un texto normativo especial.

e) La actual normativa de CP que data del año 2008, fue elaborada por el Poder Ejecutivo vía una delegación de facultades autorizada por el Congreso y formó parte de

un conjunto de normas que fueron promulgadas con el objetivo que el Perú lograse la suscripción del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica.

f) En cuanto a los avances e inclusión en la legislación de CP de medidas, herramientas y principios para luchar contra la corrupción, se observa que se derivaron de los convenios internacionales suscritos por el Perú para combatirla. Así la normativa fue resultado del impacto indirecto en el fortalecimiento institucional para combatir la corrupción en toda la Administración Pública peruana, ya que formó parte de la reforma integral de otros sistemas administrativos. Es de indicarse que, el cumplimiento de los convenios a los cuales se encuentra adscrito el Perú y de manera similar al caso chileno, no se encuentra sujeto medidas de sanción ante su inobservancia.

5. CONCLUSIONES

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se ha podido llegar en el presente trabajo de investigación son las siguientes:

1. La evolución de los marcos normativos de la CP en los países objeto de estudio ha sido diferenciada en razón de la influencia de factores internos (procesos de modernización y descentralización de la gestión pública; la política aplicada a voluntad del gobierno de turno; la presencia de instituciones sólidas y las condiciones de gobernabilidad) y factores externos (adaptación a convenios o tratados internacionales dirigidos a luchar contra la corrupción y a las Directivas dictadas por la Unión Europea).

2. Como factor común a los países analizados se aprecia que el contenido de la normativa de CP en lo que respecta al combate a la corrupción se ha visto influenciada de manera directa por factores externos.

3. De manera subyacente el análisis de la persistencia de prácticas de corrupción y la path dependence de políticas juegan un rol de relevancia en nuestro objeto de estudio, sin embargo como quedó explícito en la introducción al querer establecer la relación entre corrupción y CP pretendíamos poner en relevancia el papel que jugaban en esta relación los factores de gobernanza de las políticas.

4. La presencia de factores de gobernanza que han sido introducidos en clave estratégica por los gobiernos en la normativa de CP de los tres países estudiados, no resulta determinante para poder establecer que su presencia determine de manera causal la configuración del impacto de efectividad proyectado, que consiste no solo en la operatividad de un sistema de contratación estatal sino también en la inhibición y erradicación de prácticas de corrupción en dicha área.

5. La presencia de políticas anticorrupción en la CP, su articulación con otras políticas destinadas a fomentar la integridad en la Administración Pública, la solidez de las instituciones creadas para dicho efecto y la presencia de un contexto adecuado de gobernabilidad en la historia de la normativa de la CP en España y Chile no son determinantes para establecer una causalidad directa entre dichos elementos o factores sociopolíticos y la inhibición y/o erradicación de la corrupción en la CP.

6. La normativa peruana de CP a pesar de constituirse en su diseño en una de las más avanzadas en América Latina conjuntamente con la normativa chilena, además de no resultar eficaz para hacer frente a las prácticas de corrupción en dicha área, se ha dado en el contexto de una problemática determinada por tres factores: 1) la carencia de un enfoque y una estrategia; 2) la debilidad institucional (predominante del Poder Ejecutivo), y 3) las condiciones de gobernabilidad.

7. Las legislaciones de CP al ser el resultado de las políticas públicas resultantes de las interacciones entre diversos actores e instituciones, deberían encontrarse alineadas con un enfoque de política anticorrupción orientada a reducir sino erradicar, la corrupción en la Administración Pública, para lo cual correspondería dotarla de los mecanismos y herramientas necesarias para prevenir, perseguir, investigar y sancionar dicho fenómeno.

8. La realización de la presente investigación de tipo comparativo en los tres países objeto de estudio, implicó afrontar una serie de dificultades que influyeron directamente en su resultado final, motivo por el cual consideramos pertinente mencionar las que más destacaron:

- a) La falta de otros estudios comparativos que aborden la temática sobre la corrupción en la CP.
- b) La escasa existencia de material bibliográfico que analice de manera específica la corrupción en la CP en su relación con las políticas públicas para combatirla.

- c) La deficiencia generada porque no se han realizado informes actualizados que se enfoquen en la medición de indicadores de corrupción en la CP.

- d) La falta de información sobre los planes o programas y sus respectivas evaluaciones, que puedan ser identificados formando parte de la implementación de políticas dirigidas a la prevención, disminución y lucha contra la corrupción en la CP.

6. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN A FUTURO

6. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN A FUTURO

1. Impulsar un giro en el análisis del “marco normativo” de la CP para que este además de situarse como una herramienta de las políticas también pueda alcanzar un rango de política pública.
2. Centrar los estudios, mediciones y relaciones causales entre corrupción y CP.
3. Estudiar la CP como un mecanismo de la política económica y desarrollo.
4. Analizar la influencia del fenómeno de la persistencia y de la path dependence en la relación entre corrupción y CP.

7. BIBLIOGRAFÍA

7. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, L. (2007): "El aporte de la política pública y de la nueva gestión pública a la gobernanza". *Reforma y democracia*. N°. 39. Caracas: CLAD

- (2011): "Gobernanza Pública para obtener resultados: Marco conceptual y operacional". Documento de Trabajo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. New York.

- (2013): *El Gobierno del Gobierno*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.

Alarcón, J. (2011): *La Profesionalización de la Administración Pública en España. Un proceso continuo* (en línea). <http://administraciondigital.es/archivos/juan.pdf>, acceso el 11 de agosto de 2014.

Anduiza, E., Crespo, I. y Méndez M. (1999): *Cuadernos Metodológicos. Metodología de la Ciencia Política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Arjona, Ana M. (2002): "La Corrupción Política: Una revisión de la Literatura". Documento de Trabajo N° 02-14. Universidad Carlos III: Madrid.

Avilés, L. (2007): Tesis para optar el grado de Maestro en Administración Pública con mención en Anticorrupción (en línea). <http://www.monografias.com/trabajos44/corrupcion-estatal/corrupcion-estatal.shtml>, acceso el 05 de agosto de 2014.

Bac, M. (1998): "The scope, timing, and type of corruption". *International Review of Law and Economics*, N° 18, págs. 101-120.

Banfield, E. (1975): "Corruption as feature of government organization". *Journal of Law and Economics*. N° 18, págs. 587-605.

Basu, K. Bhattacharya, S. y Mishra, A. (1992): "Notes on bribery and the control of corruption". *Journal of Public Economics*, N° 48, págs. 349-359.

Becker, G. y Stigler, G.J. (1975): "Law enforcement, malfeasance and the compensation of enforcers". *Journal of legal Studies*. N° 3, págs. 1-19.

Berg, L., Hahn, H. y Schmidhauser, J. (1976): *Corruption in the american political system*. Morristown, New Jersey: General Learning Press.

Brasz, H. (1970): "The sociology of corruption". En Heidenheimer (1970).

Bresser, Luiz C. (1998): "La reforma del Estado de los años noventa. Lógica y mecanismos de control". *Revista Desarrollo Económico*, Vol. 38, No. 150, pp. 517-550.

Cadot, O. (1987): "Corruption as a gamble". *Journal of Public Economics*. N° 33, págs. 223-244.

Claro, J. y Passas, N. (2013): Documento de discusión sobre los efectos de la agenda anticorrupción en la contratación pública. BID/FLACSO. (en línea) <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2014/03/Informe-final-Anticorrupcion-y-compras-p%C3%BAblicas.pdf>, acceso el 15 de julio de 2014.

Castro, C. (2009): La corrupción en la contratación pública en Europa. Ratio Legis: Salamanca.

Cerrillo, A. (2014): El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la Prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción. Thompson Reuters. Arazandi: Navarra.

Chevarría, F. (2013): Construyendo Integridad: El difícil camino de hacer instituciones para la lucha contra la corrupción en la era post Fujimori. En *"Temas de Gestión Pública y Actualidad"*. Perú (en línea). http://gobiernoygestionpublica.edu.pe/portal/pdf/articulos_exalumnos/art1_chevarria.pdf, acceso el 20 de julio de 2014.

Comisión Europea (2001): Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea.

Danós, J. (2005): El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú. Ponencia presentada en la VI Jornada de Derecho Constitucional y Administrativo celebrada en la Universidad Externado de Colombia (en línea). http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_11-El-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-Peru.pdf, acceso el 18 de agosto de 2014.

Della Porta, D. y Keating, M. (2013): Enfoques y Metodologías de las Ciencias Sociales. Una perspectiva pluralista. Traducción: Vázquez, R. Madrid: Ediciones Akal, S.A.

Dittman, I. (1999): "How reliable should auditors be?: optimal monitoring in principal-agent relationships". *European Journal of Political Economy*. Vol. 15, págs. 523-546.

Dobel, J. (1978): "The corruption of a state". *American Political Science Review*. N° 72, págs. 958-973.

Dromi, José R. (1997): Derecho Administrativo. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.

Fernández, J. (2010): Las Compras Públicas de Suministro en el Ordenamiento Jurídico Chileno (en línea). <http://www.upv.cl/admision/pdf/Jose%20Fernandez%20Richard.pdf>, acceso el 15 de agosto de 2014.

Ferré, J. (2002): Conferencia inaugural correspondiente a las "Jornadas sobre asistencia mutua en la lucha contra los delitos financieros, fraude y corrupción". Proyecto Grotius II Penal, Salamanca.

García de Enterría y Fernández T. (2006) : "El acuerdo de voluntades suscrito entre la Administración Pública y un particular" en *Curso de Derecho Administrativo*, T.I., Madrid: Thomson Civitas.

Groenendijk, N. (19976): "A principal-agent model of corruption". *Crime, law and social change*. Vol. 27, N° 3, pág. 4.

Heidenheimer, A (1970): *Political corruption: Readings on comparative analysis*. New Brunswick, New Jersey: Transaction Books (segunda edición: 1978).
Hodgson G. y Jiang, S. (2008): "La Economía de la Corrupción y la Corrupción de la Economía: Una perspectiva institucionalista". *Revista de Economía Institucional*, Vol. 10, N° 18, Primer Semestre, págs. 55-80.

Instituto Nacional de Administración Pública y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2009): *"La Integridad en la Contratación Pública. Buenas prácticas de la A a la Z"*. INAP: Madrid.
Ipsos Public Affairs. Perú (2013): Encuesta Nacional "Lucha contra la Corrupción desde el Sector Privado" elaborada por encargo de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción y el Banco Mundial.

Jacint, J. y Levi-Faur, D. (2005): *¿Hacia un Estado regulador Latinoamericano?. La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores*. Barcelona: CIDOB.
Johnston, M. (1996): "The search for definitions: the vitality of politics and the issue of corruption". *International Social Science Journal*. N° 149.

Klitgaard, R. (1988): *Controlling corruption*. Berkeley, California: University of California Press.

León, C. (2013): *El Banco Mundial viene revisando sus políticas operacionales y procedimientos de compras públicas* (en línea). Ver:<http://blog.pucp.edu.pe/item/172512/el-banco-mundial-viene-revisando-sus-politicas-operacionales-y-procedimientos-de-compras-publicas>, acceso el 16 de julio de 2014.
Longo, F. (2006): "Marco Analítico para el Diagnóstico Institucional de Sistemas de Servicio Civil" en Informe sobre la Situación del Servicio Civil en América Latina", Washington, DC, Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
Lowi, T. (1964): "American Business, Public Policy, Case Studies and Political Theory" en *World Politics*, N° 16 (4): 677.715 . New York.

Madariaga, A. (2013): *Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública*. Observatorio de Contratación Pública (en línea). <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/chk.d81da9753da4f5973cc80361d85e7dca>, acceso el 10 de agosto de 2014.
Meny, I. y Thoening, J.C. (1992): *Las Políticas Públicas*, Barcelona: Ariel.

Moraga, C. (2011): Régimen de Combate de la Corrupción en Chile (con especial consideración de la Contratación Pública), (en línea). <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/ponyprog/ClaudioMoragaKlenner.pdf>, (acceso el 16 de agosto de 2014).

Núñez, A. (2004): "La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción", en N. Rodríguez y E. Fabián (coord.), *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*, Ratio Legis: Salamanca.

Oslak, O. (2009): "La Profesionalización del Servicio Civil en América Latina: Impactos sobre el Proceso de Democratización", Trabajo elaborado en el marco del Proyecto OEA-PNUD, La Democracia de ciudadanía: una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina.

Parker, Norman, Berthin, G., De Michelle, R. y Mizrahi, Y. (2004): La corrupción en América Latina: Estudio analítico basado en una revisión bibliográfica y entrevistas. Casals&Associates -USAID. pág. 15.

Parsons, W. (2007): Políticas Públicas: Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de las políticas públicas. México: FLACSO.

Polinsky, A. y Shavell, S. (1999): "Corruption and optimal law enforcement". Documento de trabajo 6945, *National Bureau of Economic Research*.

Prats i Catala, Joan. (1998): Administración pública y desarrollo en América Latina. Un enfoque neoinstitucionalista, *Revista CLAD Reforma y Democracia*, No 11, Junio. Caracas, Venezuela.

Ramió, C. y Salvador, M. (2005): Instituciones y Nueva Gestión Pública en América Latina. Barcelona: CIDOB.

Rezzoagli, B.(2005): Corrupción y Contratos Públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas. Ratio Legis: Salamanca.

Rivero, R. (1998): Administraciones Públicas y Derecho Privado. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.: Barcelona.

- (2004): "Corrupción y Contratos Públicos: Las respuestas Europea y Latinoamericana", en N. García y E. Fabián (coord.), *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*, Salamanca: Ratio Legis.

- (2006): Instituciones Administrativas, Desarrollo y Control de la Corrupción. El caso colombiano. Granada. España.

Rose-Ackerman, S. (1978): Corruption: A study on political economy. New York: Academic Press.

Roszenwurcel, G. y Bezchinsky G. (2011): La Economía Política de las Reformas de los Sistemas de Compras Públicas en América Latina y El Caribe. Universidad Nacional de San Martín. Argentina.

San Martín, M. (2011): *El reto pendiente. Hacia la profesionalización de los gestores de la contratación pública* (en línea). <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.descargaPdf/id.23/relcategoria.208/relmenu.3/chk.ea53f3c938c7372277fca1b4d8755d81>, acceso el 14 de agosto de 2014.

Shleifer, A. y Vishny, R. (1993): "corruption". Working paper 4372, Working Paper Series, *National Bureau of Economic Research, Inc.*

Shumer, S. (1978): "Machiaveli: republican politics and its corruption". *Political Theory*, N° 7, págs. 5-34.

Suarez G. y Laguado, R. (2007): Manual de Contratación pública electrónica para América Latina. CEPAL Colección Documento de proyectos, págs. 12-14.

Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C., y Varone, F. (2012): "Análisis y Gestión de Políticas Públicas", Barcelona: Editorial Ariel.

Tanzi, V. (1994): "Corruption, Governmental Activities, and Markets". IMF Working Papers, págs.94-99. Washington, DC: International Monetary Fund.

Tarkowsky, J. (1989): "Old new patterns of corruption in Poland and the USSR", *Telos* 30.

Thompson, D. (1993): "Mediated corruption: the case of the Keating five". *American political Science Review*, N° 87, págs. 369-381.

Tirole, J. (1986): "Hirerchies and bueraucracies: on the role of collusion in organizations". *Journal of Law, Economics and Organization*. N° 2, págs. 181-214.

- (1992): "Collusion and the theory of organizations". En J.J. Laffont (Ed.), *Advances in Economic Theory Sixth World Congress*, Vol. 2, págs. 151-206. Cambridge: Cambridge University Press.

Tomassini, L. (1996): Gobernabilidad y políticas públicas en América Latina, BID.

Transparencia Internacional (2006): Contrataciones Públicas en América Latina: Instituciones, prácticas y riesgos de corrupción. Estudio del riesgo en los Sistemas de las contrataciones públicas en 9 países.

UNCITRAL (1995): Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre contratación de bienes, obras y servicios. Naciones Unidas.

Vázquez, F. (2012): La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública (en línea). <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/relcategoria.121/relmenu.3/chk.197449cc92600ed0a6d22b3a98431ebd>, acceso el 05 de agosto de 2014.

Velarde Fuertes, J.: "Corrupción: realidad económica y control fiscalizador" en RECE N° 3, pág. 41 y ss.

Villoria, M. (2008): "Profesionalización del empleo público: ética y lucha contra la corrupción en las instituciones públicas de América Latina". En *La profesionalización*

del empleo público en América Latina, Ramió, C. y Longo, F.(eds.). págs. 101-139.
Barcelona: CIDOB.

Wei, S. (1997): "Why is corruption so much more taxing than tax?. Working paper
6030, mimeo, Junio 16.

7. REFERENCIAS DE INTERNET

8. REFERENCIAS EN INTERNET

CAN (Comisión de Alto Nivel Anticorrupción de Perú): can.pcm.gob.pe/

CGR (Contraloría General de la República de Perú): www.contraloria.gob.pe

CHILE PROVEEDORES (Registro Oficial de Chile Compra):
www.chileproveedores.cl/chprovdnn/

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO: www.latinobarometro.org

DIARIO JURIDICO.COM (Diario Jurídico Web-España): www.diariojuridico.com/

DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CHILE:
www.chilecompra.cl/

ESPUBLICO (Plataforma Web de Servicios Jurídicos-España): www.espublico.com/

FLACSO CHILE (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Chile):
www.flacsochile.org/

INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática de Perú): www.inei.gob.pe

MEF (Ministerio de Economía y Finanzas de Perú): www.mef.gob.pe/

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ESPAÑA:
www.minhap.gob.es/

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE: www.minrel.gob.cl/

OCP (Observatorio de Contratación Pública de España): www.obcp.es/

OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos): www.oecd.org/

OMC (Organización Mundial del Comercio): www.wto.org/indexsp.htm

OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de Perú):
www.osce.gob.pe/

PCM (Presidencia del Consejo de Ministros de Perú): www.pcm.gob.pe/

PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO DE ESPAÑA:
contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma

PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo): www.undp.org/spanish/

PROETICA (ONG peruana dedicada a luchar contra la corrupción):
www.proetica.org.pe

SEACE (Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado): www2.seace.gob.pe/

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL: www.transparency.org/research/cpi/overview

TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA: www.tcu.es/

UNION EUROPEA: europa.eu/index_es.htm