

Licitaciones y contratos públicos

El caso de Brasil

La eficiencia en las compras públicas depende del grado de competitividad en el ambiente donde se producen las licitaciones, tanto mayor cuanto menos es la posibilidad de los agentes públicos de ejercer arbitrariedades y, de este modo, direccionar las adquisiciones hacia las compañías favorecidas. La capacidad de arbitrar depende de las normas legales de regulación. Donde esa capacidad de arbitraje es grande, es muy poco probable que las licitaciones públicas resulten eficientes. La experiencia práctica y legislativa de Brasil contiene rasgos comunes y diferentes respecto de otros países de la región.

**Cláudio Weber Abramo /
Eduardo Ribeiro Capobianco**

Es prácticamente imposible mencionar el tema de la corrupción sin que vengam a la memoria escándalos que involucran compras y negocios del Estado con proveedores privados, o sea, que afectan licitaciones y contrataciones públicas¹. Con excepción de los bienes y servicios producidos por el Estado para

Cláudio Weber Abramo: experto brasileño en temas de corrupción; bachiller en Matemáticas y maestro en Lógica y Filosofía de la Ciencia; director ejecutivo de Transparencia Brasil, San Pablo; autor de numerosos estudios y publicaciones sobre transparencia y combate contra la corrupción.

Eduardo Ribeiro Capobianco: empresario brasileño; ex-vicepresidente de la Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción; actual vicepresidente de la Federación de Industrias del Estado de São Paulo; fundador y miembro del Consejo Deliberativo de Transparencia Brasil, San Pablo.

Palabras clave: lucha anticorrupción, sector público, licitaciones, Brasil.

1. El término «licitación» se entiende aquí como un mecanismo formalmente competitivo que incluye: 1) el proceso de oferta, en el mercado, de oportunidades para proveer un bien o servicio y la

***Si se dejan
librados
a su propia
voluntad,
compradores
y proveedores
inevitablemente
entrarán
en connivencia***

su propio uso –situación cada vez más inusual en todo el mundo–, todos los gastos gubernamentales, ya sea de inversión o de subvenciones, se materializan bajo la forma de pagos a proveedores privados. Todo organismo gubernamental, cualquiera que sea su tamaño, realiza licitaciones: desde lápices a usinas hidroeléctricas, de sillas a carreteras, de lámparas a edificios, todo lo que es comprado o encargado pasa por una licitación. Eso representa una parte considerable del producto interno bruto de cualquier país. Los montos involucrados son fabulosos, no solo si se toman globalmente, sino también de manera individual. Miles de políticos y funcionarios públicos participan directamente de esos procesos, e indirectamente muchos miles de otros. Sectores económicos enteros dependen de proveer a los gobiernos.

Todo eso hace que las licitaciones y los contratos que de ellas se desprenden representen una fuente astronómica de dispendio de gastos públicos. Se estima que, en algunos casos, la corrupción llega a representar más del 30% de los costos gubernamentales derivados de los procesos de licitación. Por desgracia, pese a que los escándalos se suceden, es más lo que se habla que lo que se actúa respecto de este asunto. Para que se pueda combatir la corrupción en las licitaciones, es preciso entender las condiciones que la generan.

Una licitación coloca, de un lado de la mesa, a políticos y/o funcionarios públicos (o sea, individuos que gastan «el dinero de otros») y, del otro lado, a proveedores que disputan entre sí el derecho a dotar del bien o servicio específico. El modo como esa interacción se regula, se controla y se sujeta a escrutinio público es el factor determinante para la mayor o menor vulnerabilidad de la sociedad a la corrupción en ese terreno.

Si se dejan librados a su propia voluntad, compradores y proveedores inevitablemente entrarán en connivencia. Impedir que ello ocurra debe ser el objetivo central de un reglamento para las licitaciones públicas. Ante determinada licitación, la iniciativa corruptora puede partir tanto del comprador como del proveedor. El primero hace eso valiéndose de su posición, ofreciendo a los empresarios ventajas en la competencia a cambio del pago de sobornos. El segundo, a

recepción de propuestas de interesados; y 2) el proceso de comparación entre las propuestas recibidas y la decisión sobre cuál será la vencedora del concurso. A la licitación le sigue la contratación, es decir, la formalización del compromiso entre las dos partes, Estado y proveedor.

su vez, puede tentar al administrador público al ofrecerle beneficios a cambio de privilegios en la elección del ganador.

Aunque idealmente deseable, sería ingenuo suponer que pudiera alcanzarse la moralización de los procesos de licitación y de administración de contratos convenciendo a empresarios proveedores y administradores compradores: el libre ejercicio de las decisiones empresariales hace que el pragmatismo económico tienda a imponerse sobre la moral, aunque ello conduzca a actos criminales como el soborno. Hoy se nota una fuerte campaña internacional con el objetivo de desarrollar la responsabilidad social de los empresarios, incluyendo valores de lucha contra la corrupción.

Los administradores públicos no tienen la libertad de acción de los empresarios privados. Por más desorganizado que un régimen sea, lo que el administrador público puede y no puede hacer es siempre objeto de reglamentaciones específicas. En el caso de las licitaciones públicas, ello significa que la posibilidad de que el administrador «venda» privilegios está en directa relación con el poder de decisión que las normas le otorguen. Cuanto mayor sea ese grado, mayores serán las oportunidades de corrupción.

Los escándalos que se repiten en todas las esferas del Estado muestran que los funcionarios de alto escalafón administrativo desarrollan un trabajo ligado al tráfico de intereses empresariales y *lobbies*. Intentando detener tales comportamientos, la administración federal busca la institucionalización de un código de conducta para estos agentes. Obviamente, cuanto menos sometido al escrutinio público esté un proceso de licitación y contratación, tanto más fácilmente podrá ser desvirtuado por prácticas de corrupción.

Cómo funciona la corrupción en licitaciones y contratos

En un ambiente legal en que la capacidad de decisión del administrador público es muy amplia, en que los controles son escasos y la visibilidad pública se ve dificultada, sobrevienen, entre otras, las siguientes consecuencias:

- 1) El administrador establece, en las normas, la posible participación de las empresas en las licitaciones. Por medio de la definición de condiciones especiales (financieras y pseudotécnicas), excluye a la mayoría de las potenciales competidoras y «cierra» la eventual participación a un subconjunto de compañías. Si se lo cuestiona por los criterios utilizados, responde que han sido definidos en función del «interés público».

2) La elección del ganador se sostiene en un procedimiento de arbitraje por parte del administrador, donde se consideran aspectos subjetivos travestidos de consideraciones técnicas. De este modo, se hace fácil «vender» el resultado del concurso.

3) El poder de decisión en el concurso se refuerza por una definición deliberadamente imprecisa del objeto de la licitación. Por ejemplo, las consideraciones sobre la calidad, necesariamente subjetivas, en realidad forman parte del proceso de definición del ganador.

4) La posibilidad de predefinir ganadores lleva a los administradores públicos a una especie de «venta anticipada»: especifican el destino de las inversiones públicas con base no en el interés social sino, por ejemplo, en la existencia de máquinas ociosas en las manos de determinada empresa, hacia la cual se dirige en el futuro la licitación resultante de la parte presupuestaria. Para eso, compiten procedimientos presupuestarios centralizados y poco discutidos con las comunidades afectadas y con los intereses involucrados.

5) La inexistencia de reglas claras en cuanto al seguimiento de los contratos lleva al administrador a «cerrar los ojos» (por un precio) frente a su incumplimiento. Los montos son falsificados, las cuentas son sub o sobrefacturadas, y las especificaciones son desobedecidas. Buena parte de la deuda interna de algunos países obedece a contratos que jamás fueron ejecutados, ni siquiera parcialmente.

6) La ausencia de normas más rígidas en cuanto al atraso en el pago de contratos ejecutados lleva al administrador a «vender» el derecho de cobrar.

7) La debilidad de mecanismos de control y de auditoría resulta en impunidad y en el consecuente estímulo a la perpetuación de prácticas corruptas.

8) La fiscalización de los tribunales de cuentas, hecha después de la ejecución de los contratos, se vuelve, así, un elemento que incrementa la impunidad.

Este conjunto de distorsiones tiene consecuencias directas sobre la organización de los mercados de proveedores. La principal es la institución del poder de corromper como factor de competitividad. Como en el régimen de libre-iniciativa las empresas buscan obtener diferenciales de eficiencia respecto de los factores que son más críticos en los mercados en que actúan, resulta que la capacidad corruptora se transforma en criterio de éxito empresarial.

Las empresas proveedoras establecen reglas informales de «igualdad de oportunidades», agrupándose en torno de especialidades o incluso de clientes específicos. Todos los que componen el cartel contribuyen a corromper al administrador. Quien se niegue a participar queda imposibilitado de competir, lo que está garantizado por la acción discriminatoria del administrador. Por otro lado, la necesidad de mantener la «igualdad de oportunidades» dentro del grupo, hace que los concursantes decidan entre sí quiénes serán los vencedores de las diferentes licitaciones, firmando al mismo tiempo acuerdos de precios, con el aval del administrador. De esa forma, el proceso de competencia desaparece, para dar lugar a una distribución de tajadas de una torta privatizada, con precios sobrefacturados.

La vida política se ve directamente afectada, pues la posibilidad de predefinición de los vencedores de una licitación se transforma en «capital» para el político, quien lo usa para obtener financiamiento de sus campañas electorales. Si es elegido, usa el «capital» para pagar la deuda con sus financistas, es decir, dirige hacia éstos las licitaciones que promueve. Por eso, los grandes proveedores (y también otros grandes interesados, como las asociaciones de bancos) muchas veces financian simultáneamente a todos los candidatos a cargos ejecutivos que compiten en una misma elección. Por cierto, no lo hacen por convicción ideológica.

En el sector de las obras públicas, la primacía de intereses oscuros sobre el interés público lleva al encargo de proyectos innecesarios, sin ninguna garantía de continuidad más allá del periodo de mandato de quien lo efectúa. Eso conduce a una multiplicación de obras paralizadas, pues el gobernante siguiente tiene otros compromisos, no necesariamente coincidentes con los de su antecesor. Otro fenómeno que suele acompañar los ordenamientos viciados de licitaciones y contrataciones es la inoperancia de los sistemas de auditoría y de castigo de las desviaciones. Cuando existen, no es raro que sean absorbidos por la máquina corruptora y se transformen en lo contrario de lo que deberían ser, dando pie a las irregularidades.



***Un paso importante
es conquistar,
o reconquistar,
la autoridad
de la ciudadanía
en la discusión
de estos asuntos***

La perspectiva sobre cómo funcionan los mecanismos de la corrupción en la licitación y contratación de bienes y servicios para el Estado indica cuál es el mejor camino que hay que recorrer para combatirla. Sería inútil gastar esfuerzos solo en el desarrollo de sistemas de detección y castigo de actos corruptos. Aunque la importancia de ellos no debe ser descartada, es evidente que lo mejor es evitar la corrupción en su origen. Como dice el dicho, es mejor prevenir que curar. Cómo hacerlo es el tema que sigue.

Reglamentos para licitaciones y contratos

La mayoría de las sociedades modernas optaron por un desarrollo basado en la libre iniciativa y en la obediencia a los principios de la economía de mercado. Esos principios deben gobernar toda la actividad económica y, por lo tanto, deben también presidir la realización de licitaciones. Aunque se trate de un tema usualmente considerado difícil (creencia que, por lo menos en parte, resulta de intenciones deliberadas de mantenerlo en la mayor oscuridad posible), los principios generales que deben gobernar las licitaciones son, en verdad, simples. Ellos están, por ejemplo, expresados en la Constitución brasileña de 1988. En ella se establece que:

- la administración pública obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia;
- las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratadas mediante proceso de licitación pública que asegure la igualdad de condiciones a todos los concursantes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, y que se mantengan las condiciones efectivas de la propuesta;
- la licitación solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables a la garantía del cumplimiento de las obligaciones².

La elaboración de buenos reglamentos para licitaciones y contratos públicos debe comenzar por la toma de conciencia de que es un tema que interesa a toda la sociedad y no solo a los administradores públicos. Especialmente en países con tradición autoritaria, existe la tendencia a considerar que tales reglamentos pertenecen al dominio exclusivo de competencia de los administradores, quienes tendrían el privilegio de determinar lo que es y no de «interés público». Lo mismo hacen los intereses privados involucrados en esquemas de corrupción. Por ello, las voces discordantes suelen ser silenciadas con acusaciones de falta de especialización y otros argumentos irrefutables.

2. República Federal de Brasil, Constitución, 1988, Art. 37, Inciso XXI.

Así, un paso importante es conquistar, o reconquistar, la autoridad de la ciudadanía en la discusión de estos asuntos. Una táctica eficaz es recordar sistemáticamente que los procesos de corrupción en licitaciones siempre cuentan con la complicidad de aquellos que, al menos en teoría, serían responsables de velar por el «interés público». Es preciso aclarar que nadie tiene más autoridad para discutir el interés público que el público. La legislación brasileña sobre licitaciones y contratos contempla la mayor parte de los requisitos necesarios para que la contratación de bienes y servicios por el poder público se haga de acuerdo con los principios de la economía de mercado.

La ley brasileña de licitaciones y contratos

La sucesión de escándalos que condujeron al *impeachment* del ex-presidente Fernando Collor de Mello y las investigaciones llevadas a cabo en el Congreso sobre la confección del presupuesto federal –que revelaron la participación de grandes contratistas en procesos de corrupción– crearon condiciones propicias para la promulgación, en 1993, de una avanzada ley federal que reglamenta las licitaciones y contrataciones públicas (a las cuales están sujetas también las esferas administrativas inferiores, o sea, estados y municipios).

Hasta 1993, el direccionamiento de las licitaciones en Brasil había llevado a una gran concentración del mercado en el segmento de obras públicas: el 70% de la facturación de las obras realizadas por las 150 mayores empresas de construcción del país era responsabilidad de solo 7 de ellas. La nueva ley desmontó esa restricción del mercado. Se redujo drásticamente la sucesión de encargos innecesarios, con la consiguiente disminución del número de obras paralizadas. La ampliación de la competencia llevó a una significativa reducción de los costos de obras y servicios públicos. Grandes contratistas pasaron a tener que competir con empresas de mediano tamaño (muchas veces en consorcios) por la conquista de contratos que antes se repartían entre sí. Forzados a convivir con las nuevas condiciones económicas de competitividad, esos mismos contratistas pasaron a disputar contratos de medio e incluso pequeño tamaño, que antes despreciaban. La ley brasileña es bastante amplia. Sin embargo, las razones de su eficacia están concentradas en algunos pocos puntos:

- 1) Todo el proceso de licitación y de ejecución de contratos es público. Sus principales pasos (convocatoria de la licitación, anuncio del ganador, firma del contrato) son obligatoriamente publicados. Cualquier ciudadano puede solicitar acceso a las informaciones sobre licitaciones y contratos; cualquier interesado puede interponer denuncias administrativas y judiciales contra actos de la administración.

2) El objeto de la licitación debe estar suficientemente descrito por el administrador, para predefinir su cualidad. Con eso, la especificación del objeto (y así su cualidad) no es responsabilidad de los que compiten, y deja de ser tema de juicio en la elección de las propuestas.

3) Las únicas exigencias que se pueden hacer para la participación de empresas en licitaciones se refieren a sus condiciones empresariales: prestación de garantías financieras, capital (hasta el 10% del valor del contrato), acceso a recursos financieros del mercado, acceso a equipos y personal técnico. En particular, la ley brasileña no admite que se exijan pruebas de experiencia previa en la ejecución del objeto de la licitación. Tal experiencia solo se exige a los profesionales que la empresa contratará, pero no a la compañía como tal³. De esa forma, en principio, cualquier empresario puede participar en una licitación, no importa cuál sea su rama de actividad original. Las exigencias de capital y de garantías financieras (con el máximo del 10%) son altos o suficientes para asegurar la buena probabilidad de ejecución del contrato y lo suficientemente bajos para evitar que sean usados como restricción de la participación de otros interesados.

4) La determinación de la empresa vencedora se hace exclusivamente por el menor precio ofrecido. Así, no hay una «evaluación» por parte del administrador público, sino una simple comparación de precios. El contrato es automáticamente adjudicado a la ganadora, no habiendo posibilidad de ningún tipo de procedimiento intermedio. En el pasado, el criterio del menor precio levantó dudas sobre la ejecutabilidad: la posibilidad, en la perspectiva de ganar el concurso, de que ciertas empresas presentaran precios demasiado bajos que hicieran imposible ejecutar el objeto licitado. Aunque la propia ley prevé castigos financieros estrictos para ese tipo de situación, se introdujo en ella un dispositivo que permite, por medio de criterios objetivos, rechazar automáticamente las propuestas con precios excesivamente bajos y, en los casos-límite, exigir de la empresa garantías financieras adicionales. Tales criterios se basan en comparaciones entre el precio ofertado y el presupuesto del servicio, realizado previamente por el órgano licitante, así como también entre el primero y la media de las propuestas cuyos precios fuesen los más elevados, por encima de cierto nivel.

5) El incumplimiento del contrato, en parte o en su totalidad, está fuertemente penalizado. Además de penalidades financieras, se le puede prohibir a la empresa participar en licitaciones ulteriores.

3. Existen situaciones excepcionales en que los tribunales reconocen la posibilidad de aceptar certificados en nombre de la empresa.

6) Los contratos solo pueden sufrir agregados (extensiones de su objeto) dentro de límites estrechos. Eso evita que aparezcan casos que en el pasado permitieron, por ejemplo, que una de las mayores usinas hidroeléctricas brasileñas fuese construida como agregado de un contrato para la construcción de una de las menores usinas del país.

7) Las situaciones en que los contratos se adjudican sin licitación (como en las emergencias derivadas de catástrofes) están delimitadas y sujetas a justificaciones detalladas. Las decisiones de ese tipo están sujetas a demandas administrativas y judiciales.

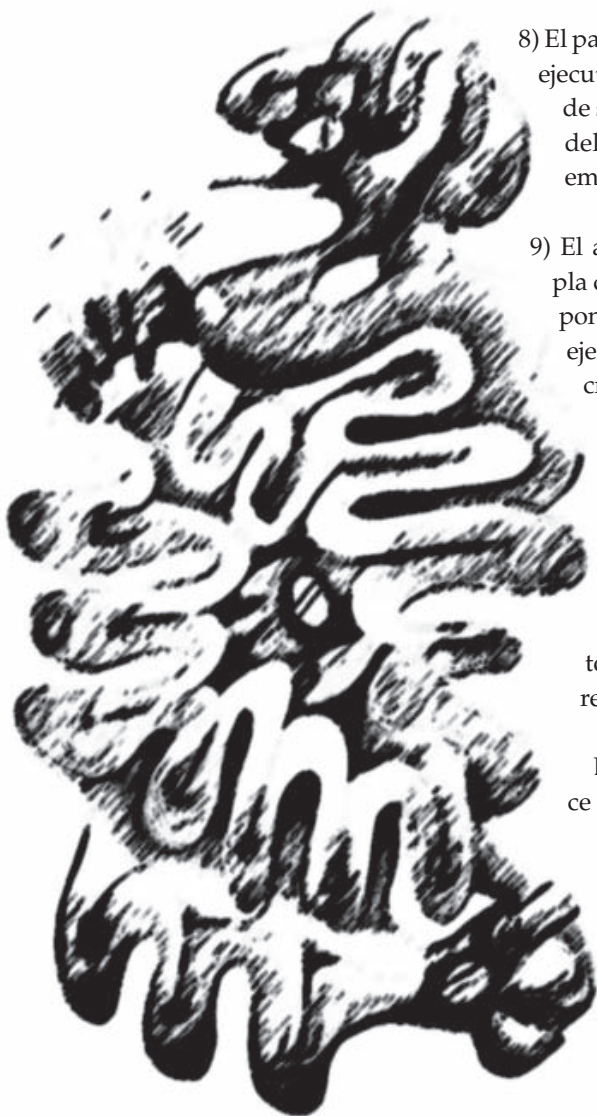
8) El pago de los abastecimientos y servicios ejecutados se hace en el orden cronológico de su exigibilidad. Eso eliminó el poder del administrador para «vender» a las empresas el cobro de lo que se les debe.

9) El administrador público que no cumpla cualquier obligación que la ley le impone (como fiscalizar correctamente la ejecución de los contratos) es punible criminalmente. También es punible el empresario involucrado en fraude.

10) Todos los procedimientos de la licitación, así como aquellos que involucran la ejecución del contrato resultante, necesitan ser registrados y sometidos a auditoría interna y externa al organismo responsable.

De esa forma, la ley brasileña obedece a las siguientes características:

- Uniformidad de las reglas para todo el mercado. Un mismo mercado está sujeto a las mismas normas legales generales, y así las reglas para licitaciones y con-



tratos son uniformes para todo el país. La uniformidad de reglas aumenta la eficiencia del sistema, pues alivia a las empresas de la necesidad de dominar los detalles de los diferentes sectores a los que encargue un servicio, reduciendo así las barreras a la entrada en los submercados. Por otro lado, la uniformidad permite un mejor control social y, por lo tanto, reduce la vulnerabilidad a la corrupción. El mismo razonamiento se puede aplicar a los mercados regionales, como el Mercosur.

– La decisión del administrador se reduce. Lo que permite la corrupción en licitaciones y contratos públicos es, siempre y sin excepciones, las decisiones del administrador que excluyen a ciertas empresas de la posibilidad de competir; establecen criterios arbitrarios de evaluación; establecen privilegios en la fiscalización de contratos y en el pago de obligaciones debidas. Tal libertad de maniobra está restringida en la ley.

– El administrador es responsable por la definición del objeto de la licitación. No se admite a las empresas ofertantes definir características o condiciones que no estén presentes en el acto de la convocatoria de la licitación, pues eso daría lugar a indefiniciones sujetas a «evaluación» por parte del administrador.

– La calificación económica no da lugar a la posibilidad de favoritismo de las empresas de gran tamaño. Así, el capital exigido es razonable.

– El menor precio ofrecido es, en principio, el único criterio de decisión para definir al ganador de una licitación. Si el objeto de la licitación está exhaustivamente definido y si la licitación está abierta a la participación de todos los que reúnan las condiciones estrictamente capitalistas, solo hay que comparar los precios entre las propuestas presentadas. Sin embargo, la habilitación técnica (en la forma de presentación de certificaciones de que la empresa interesada realizó antes determinado tipo de servicio –el llamado «certificado de empresa», que no debe ser confundido con los certificados de experiencia de profesionales) es a veces usada para distorsionar el criterio, dirigiendo ciertas obras hacia empresas «interesantes». Con eso, el precio final alcanzado no resulta, de hecho, en el menor precio disponible en el mercado, sino en un precio concertado previamente con el administrador. Ese ha sido el principal mecanismo de direccionamiento de obras en Brasil. Eso sucede principalmente porque algunos tribunales aún interpretan la ley de licitaciones bajo una óptica que no se condice con el propio espíritu de la ley. Lo mismo respecto a algunas contrataciones de obras con financiamiento de organismos multilaterales, cuyos reglamentos están siendo objeto de atención de Transparencia Brasil.

El reglamento brasileño para licitaciones y contratos se concibe según ese conjunto de principios. Así se sitúa firmemente la defensa del interés público no en las manos privilegiadas de los administradores públicos, sino en las de la colectividad. La principal defensa es aquella que se deriva de la autorreglamentación de los mercados. Sin encontrar barreras artificiales a la entrada en los mercados y permaneciendo libres de la interferencia de mecanismos extraeconómicos, las empresas se pueden dedicar exclusivamente a la competencia en el mercado.

El alto grado de perfeccionamiento de la ley brasileña de licitaciones y contratos no significa, sin embargo, que no tenga agujeros, ni que los administradores públicos no tengan modos de perfeccionar sus prácticas administrativas. El proceso de definición de prioridades gubernamentales debería estar abierto y sujeto a discusión pública. Aunque en licitaciones de gran volumen la ley prevea la realización de audiencias públicas, la costumbre brasileña es realizarlas solamente cuando son obligatorias. Sin embargo, cuanto mayor es el proyecto gubernamental, más personas y comunidades están involucradas. Ellas deben tener el derecho de comprender por qué la inversión se hace en favor de unos y en detrimento de otros.

*El proceso
de definición
de prioridades
gubernamentales
debería
estar abierto
y sujeto
a discusión
pública*

Elementos e instrumentos

Criterios de calificación. La manipulación de criterios pretendidamente técnicos constituye una de las formas más comunes de direccionamiento de licitaciones. La ley brasileña prohíbe al gobernante electo o al funcionario ejercer la autoridad de definir arbitrariamente criterios de calificación de empresas concursantes. Sin embargo, aún quedan algunos puntos de vulnerabilidad, especialmente en la llamada «calificación técnica». Idealmente, tales criterios deberían restringirse de modo estricto a las condiciones válidas para el mercado privado—disponibilidad de capital, grado de endeudamiento, posibilidad documentada de acceso a recursos técnicos y humanos (no necesariamente materializada en la fase de licitación). La necesidad del cumplimiento de condiciones especiales de calificación debería ser excepcional, y en esos casos, su discusión pública debería ser obligatoria.

Sistemas de seguimiento de precios. Un recurso importante para el control de la corrupción es disponer de un sistema de seguimiento de precios del mercado, tanto del país en cuestión como de precios internacionales. De esa forma se

podrían identificar inmediatamente desvíos sospechosos de cotizaciones. Donde hay aumento de precios hay, por lo menos, negligencia y, probablemente, corrupción. Brasil apenas está gateando en ese terreno, restando aún mucho por hacer. Una cuestión que se presenta es cómo prevenir acuerdos de precios entre empresas. En un sistema abierto, los acuerdos de esa naturaleza se realizan en relación con las condiciones del mercado, dependiendo de la mayor o menor abundancia de contratos licitados en comparación con la cantidad de empresas que los disputan. Ellos solamente son posibles con la connivencia del administrador público. Los sistemas de análisis y seguimiento de precios de mercado permiten identificar rápidamente la acción de ese género de cartel.

Auditoría. Toda licitación está sujeta a auditoría por parte de los organismos específicamente creados para ello. Sin embargo, tales organismos deberían tener sus miembros elegidos por proceso democrático y no postulados por los gobernantes, como sucede hoy en Brasil.

Castigo enérgico a empresas que incumplan contratos. El incumplimiento total o parcial de un contrato por culpa de la empresa debe tener consecuencias serias, traducidas en penalidades financieras y llegando a la prohibición de la participación en nuevas licitaciones. Así está escrito, en teoría, en la ley brasileña. Además de su valor intrínseco, ese principio es un complemento esencial al criterio del menor precio, pues evita la competencia predatoria por medio de la disminución de precios. Con todo, la efectiva aplicación de esos castigos es relativamente rara, lo que resulta en una cultura de impunidad que favorece actos de corrupción o incumplimiento.

Licencia y no exigencia de la licitación. Se trata de situaciones en las que, de forma excepcional, la administración puede elegir directamente un contratado para la realización de obras y servicios y compra de materiales y equipos. Es muy común la denominada situación de emergencia, cuando los proveedores realizan trabajos sin licitación por algún motivo de emergencia alegado por la administración. A veces, eso perpetúa una sobrefacturación de precios. Esas situaciones merecen la introducción de reglas específicas que puedan permitir mayor control del proceso de contratación.

Las modalidades «mejor técnica» y «técnica y precio». En esas modalidades de licitación previstas en la ley, el criterio del menor precio es sustituido por otros basados en una evaluación de las calificaciones relativas de los participantes, a partir de «propuestas técnicas» presentadas por ellos. La justificación para su presencia en la ley es la existencia de situaciones en que el servicio licitado

exige especialización. Eso representa una brecha por la cual, no es raro, pasan las licitaciones dirigidas. Una solución para el problema es la introducción, en la ley, de la obligatoriedad de que las licitaciones de ese tipo sean realizadas bajo supervisión de entidades de grupos y/o de personas independientes de renombrado conocimiento en el área y sana reputación.

El desarrollo tecnológico se puede volver un aliado en la lucha contra la corrupción

La Ley de Desaprobación. La Ley 8.429, del 12 de junio de 1992, que contempla las sanciones aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio del mandato, cargo o función en la administración pública directa, indirecta o fundacional, se ha mostrado como un instrumento eficaz en la lucha contra la corrupción, y en el ámbito de las licitaciones y las contrataciones. En esa dirección, se viene subsidiando la acción del Ministerio Público.

La Ley de Responsabilidad Fiscal. La Ley Complementaria N° 101, del 4 de mayo de 2000, ciertamente constituye un instrumento importante en la lucha contra la corrupción, pues incide sobre prácticas antiguas adoptadas en el trato de las finanzas públicas. Las nuevas reglas relativas al presupuesto-programa trascienden la previsión de recetas y la fijación de gastos. Se trata ahora de hacerla eficaz mediante la acción del esclarecimiento del administrador público y la implementación de un mecanismo de control social.

Cómo combatir la corrupción en licitaciones

El principal instrumento de lucha contra la corrupción en licitaciones vendría a estar constituido por reglamentos que garanticen la máxima apertura a la participación de empresas y la mayor visibilidad posible a los actos de la administración, como se ha expuesto anteriormente. No obstante, si la lucha contra la corrupción se restringiese a una cuestión formal, ella no existiría en la mayoría de los países. El elemento central de la lucha contra la corrupción en licitaciones es el involucramiento de los agentes sociales: comunidades a las cuales se les construyen obras innecesarias, partidos políticos, periódicos, sindicatos de trabajadores, y especialmente organizaciones de la sociedad civil.

Además de las evidentes desventajas que la corrupción en licitaciones trae a la sociedad, también perjudica a los sectores empresariales dedicados a proveer bienes y servicios al Gobierno. Una consecuencia es la estratificación de los mercados de proveedores, así como también la especialización forzada (por barreras artificiales para entrar en nuevas especialidades). Los sistemas cerrados de

licitaciones favorecen la acción de empresas que poseen poder político, que monopolizan los mercados más sustanciales y someten a otras empresas a aceptar subcontrataciones a precios más bajos o a cerrar las puertas. Todo eso disminuye las inversiones en la modernización gerencial y tecnológica de las empresas, que son estimuladas a invertir preferencialmente en el *lobby* político. Por tales motivos, es un error suponer que la corrupción en licitaciones beneficia a los sectores que proveen bienes y servicios al poder público. Aunque ellas mismas tal vez no lo perciban a primera vista, la mayor parte de las empresas es, en verdad, víctima de los sistemas de licitaciones que favorecen el dirigismo. Eso indica un camino eficaz para combatir la corrupción en licitaciones: la convicción de la mayoría de las empresas y de las entidades que las representan de que la corrupción no las beneficia sino que, en realidad, las perjudica.

Pactos de integridad. Se trata de un abordaje gradualista, en que los participantes de determinadas licitaciones son reunidos e instados a firmar un pacto antisoborno entre sí y con el Gobierno. Cada licitante se compromete a no pagar sobornos. Al mismo tiempo, el Gobierno se compromete a promover esfuerzos especiales para asegurar que no haya corrupción. De ese modo, las reglas cambian al mismo tiempo para todos, más que eso, los principales interesados participan del proceso de cambios. Los firmantes del pacto continúan reuniéndose después de la adjudicación del contrato al vencedor de la licitación, tanto para acompañar su ejecución como para reforzar su confianza en el éxito de participaciones futuras en situaciones semejantes.

Se han confrontado problemas por la estrategia de hacer voluntaria la adhesión al pacto, pues las empresas participantes se transforman en sustentadoras del sistema. Los resultados iniciales indican que la innovación está funcionando y ha servido para reducir significativamente el nivel de corrupción en los grandes contratos involucrados.

Sistemas de seguimiento de precios. Una de las más eficientes armas en la lucha contra la corrupción viene a ser un ágil sistema de seguimiento de precios del mercado de los productos y servicios adquiridos por el poder público. El abaratamiento y el crecimiento del poder para procesar e interconectar los equipos de informática permiten, hoy, acumular grandes cantidades de datos, interrelacionándolos y recuperándolos con gran facilidad. Medios de conexión como internet permiten la consulta a bases de datos de todo el mundo. De esa forma, las investigaciones de precios regionales podrían pasar a incorporarse a una potencial «hiperbase» internacional. Para que cumplan adecuadamente su función, los sistemas de ese tipo deben disponer de acceso público e irrestricto.

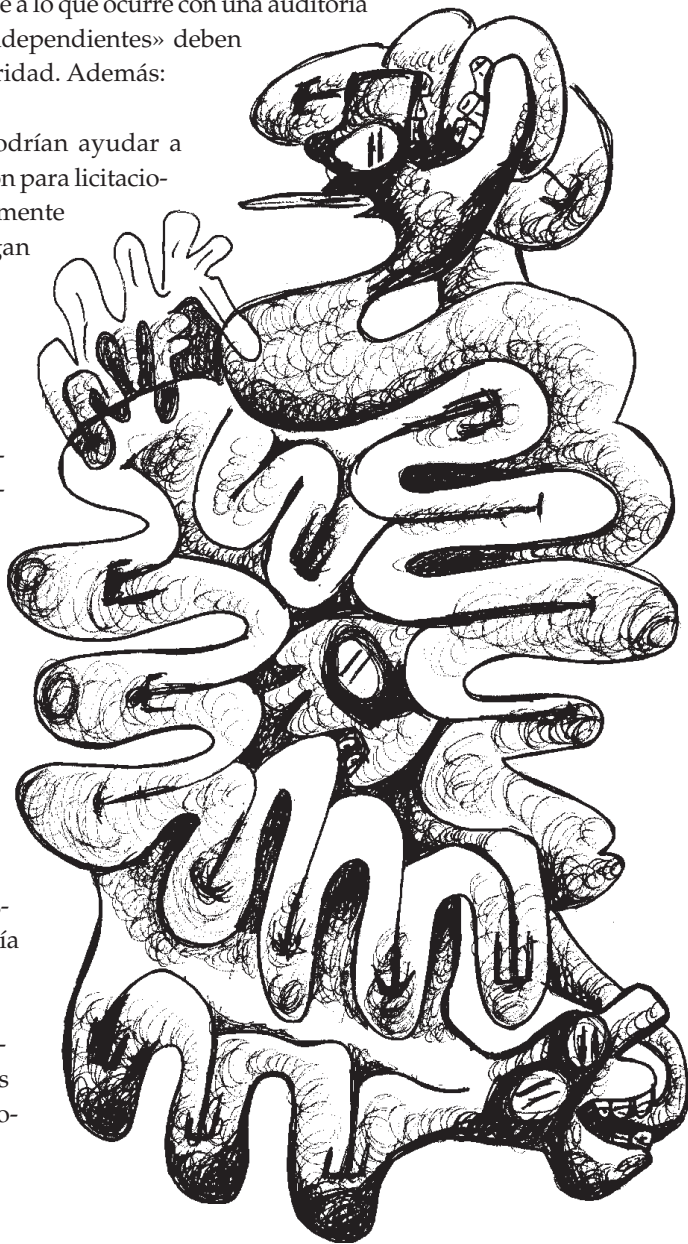
Involucramiento de independientes. Cuando los reglamentos de licitaciones admiten procesos decisorios como evaluación de las propuestas, se puede minimizar la probabilidad de que haya corrupción por medio de la inclusión de personas independientes. Su papel consiste básicamente en dificultar el desarrollo de connivencias entre administradores y licitantes durante la tramitación de decisiones. Eso debe hacerse de modo que estos individuos permanezcan «independientes» y no sean convertidos en participantes de los esquemas internos. De modo semejante a lo que ocurre con una auditoría externa, las personas «independientes» deben tener experiencia e integridad. Además:

– Los independientes podrían ayudar a preparar la documentación para licitaciones y contratos (especialmente los consultores que tengan una reputación pública que proteger).

– Los independientes podrían participar de las decisiones relativas a la licitación; habiendo evaluación de propuestas, podrían hacer una observación como «auditores», de aprobación o de reprobación.

– El organismo que adjudica los contratos podría estar formado por personas de integridad reconocida, no necesariamente especialistas. La participación sería honoraria.

– Los miembros de la comisión que adjudica los contratos no debería cono-



cer de antemano los proyectos que exigirían sus servicios (el conjunto de los que toman las decisiones debería estar compuesto por más integrantes que el necesario para cada decisión). Si existiese un proceso de evaluación (como en competencias de consultoría, por ejemplo), a los integrantes se les debería prohibir el contacto con licitantes individuales (para eso, tal vez debería ser necesario hacer el trabajo en un ambiente controlado, como un hotel). Si la comisión no llegase a una conclusión en el plazo estipulado, se debería llevar a cabo una nueva sesión, alterándose la composición de la comisión.

– La autoridad responsable por la ejecución del contrato no debería tener voto en la comisión de evaluación de la licitación, pero necesitaría estar a su disposición para responder a eventuales preguntas.

Impactos del desarrollo tecnológico: registro de precios y difusión electrónica. El desarrollo tecnológico, como hemos mencionado, se puede volver un aliado en la lucha contra la corrupción. La legislación brasileña sobre licitaciones contiene dos mecanismos en que la tecnología puede hacer más transparentes los procesos de contrataciones de la administración pública. Esos instrumentos están destinados a hacer más eficientes las compras realizadas. Su implantación puede ayudar a desviar la corrupción en los procesos de compras de materiales y equipos de pequeñas y medianas empresas.

En el sistema de registro de precios, los licitantes no formulan propuestas globales de contratación, que se hacen en función de cantidades fijas. Las cantidades dependen de la conveniencia del contratante. La principal diferencia reside en el objeto de la licitación, que selecciona un proveedor y una propuesta para una contratación determinada, a ser efectiva posteriormente, por series, que se podrán realizar por cierto periodo.

El contratante tiene a su disposición, en el registro de precios, la propuesta seleccionada del licitante, a la que podrá invocar cuantas veces desee. El proveedor, una vez registrado el precio, está obligado a proveer el servicio cuando le fuera solicitado. La principal ventaja del sistema es la reducción de la multiplicidad de licitaciones continuas que versan sobre objetos semejantes y homogéneos. La rapidez de la contratación representa, también, un innegable beneficio para el contratado. Algunas áreas de la administración en el estado de São Paulo vienen adoptando, con éxito, el banco de precios, con toda una legislación que regula los criterios para la búsqueda de datos sobre los materiales y equipos que deben ser adquiridos. El sistema permite el monitoreo de precios y evita la dispersión de las pequeñas licitaciones.

Las principales características de la cotización electrónica de precios son: aumento de la competitividad; acceso simplificado, para el proveedor, para obtener las informaciones necesarias sobre el proceso; cuando hay negociación debido a la incidencia de precios considerados excesivos por la administración, ella se realiza con mayor agilidad; cualquier persona física o jurídica puede consultar informaciones sobre licencias para la licitación por vía electrónica.

Una preocupación con la realización de licitaciones vía internet es la posibilidad de que ocurran fraudes electrónicos: un *software* instalado en el servidor del órgano licitante podría ajustar automáticamente la propuesta de determinada empresa, atribuyéndole un precio inferior a los de los demás interesados. Por ese motivo, los sistemas de ese tipo deberían ser, al mismo tiempo, inexpugnables y estar sujetos a auditoría permanente. Como esos dos requisitos son parcialmente contradictorios, el problema no tiene una solución fácil.

La acción de las agencias internacionales de financiamiento

Agencias internacionales de financiamiento, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, son aliados naturales en la lucha contra la corrupción. Establecen reglas y directrices para las licitaciones de los proyectos que financian. En ciertos casos, tales reglas propician mejores condiciones de competitividad y, por lo tanto, menores oportunidades para la corrupción que las normas del país que adquiere el préstamo. En esos casos, la sospecha de que ocurra un procedimiento irregular, si no es desestimado por las autoridades locales, debe ser informada a la agencia de financiamiento. Ella podrá intervenir para corregir la situación, en caso de que las razones de la sospecha sean fundamentadas.

En el presente, existe una gran preocupación de esas agencias –que, al final, están formadas por consorcios de países que exigen rendición de cuentas de los recursos aplicados– de evitar que los proyectos que financian sean desvirtuados por corrupción. Algunas de esas instituciones apoyan financieramente la elaboración de códigos nacionales de licitaciones, así como de las estructuras administrativas necesarias para su implementación. Hay una creciente conciencia de que lo más deseable sería que ellas impusiesen a los países beneficiarios de préstamos un conjunto unificado de reglas para licitaciones y contratos. Eso uniformaría todas las licitaciones internacionales y, además, tendría la ventaja adicional de ejercer la misma inducción sobre las reglas nacionales. Evidentemente, dichas agencias no son los únicos organismos internacionales capaces de trabajar en esa dirección. Organizaciones regionales como el Mercosur, po-

***Hay países que,
para fines
tributarios,
permiten
la deducción
de sumas gastadas
en sobornos***

drían seguir el mismo camino, estableciendo una reglamentación única para las licitaciones realizadas entre países miembros.

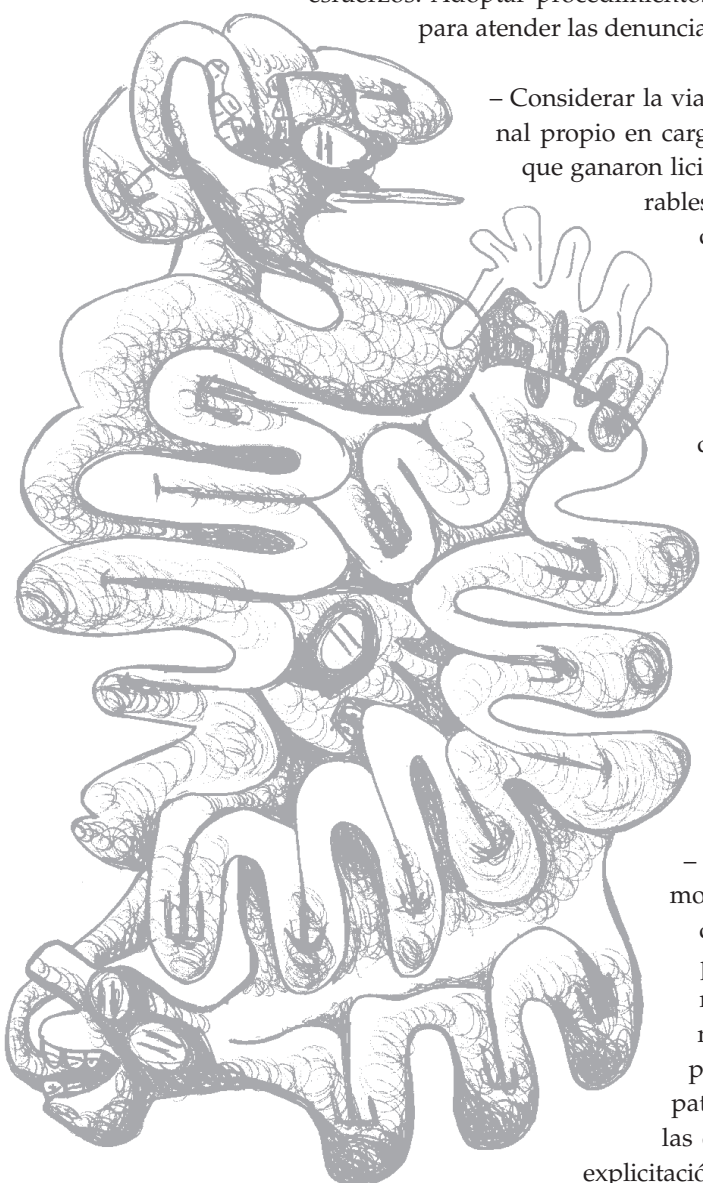
Las instituciones internacionales que conceden préstamos podrían contribuir significativamente a la lucha contra la corrupción en caso de que uniesen sus esfuerzos. Sin duda, el trabajo de algunas de ellas ha sido fundamental en los últimos años, incluso en lo que toca a la persuasión de ciertos gobiernos más reticentes a la apertura de los procesos de licitación y contratación.

Aunque, hasta cierto punto, las instituciones multilaterales vean su acción limitada por los estatutos que rigen sus operaciones, hay diversas medidas que pueden tomar (algunas ya efectivizadas) en la lucha contra la corrupción. Algunas de las iniciativas que Transparencia Brasil cree posibles son:

- Asegurar que el apoyo al desarrollo tenga en cuenta la corrupción en el contexto de programas de aumento de la eficiencia gubernamental.
- Que los organismos de financiación revisen sus normas de licitaciones y contratos, para asegurarse de que tengan poder suficiente para combatir la corrupción cuando ésta aparezca en transacciones que involucren recursos originados de ellas.
- Invocar, sin dudas, esos poderes cuando la corrupción sea detectada, y tomar las medidas necesarias para impedir que consultores y proveedores que hayan formado parte de procesos de corrupción participen de nuevas licitaciones.
- Establecer modos de resolución de conflictos con consultores y licitantes por medio de mecanismos internacionales y no nacionales. Por ejemplo, los mecanismos norteamericanos han dado lugar a indemnizaciones por daños y perjuicios beneficiando a empresas de Estados Unidos y no son equivalentes a las prácticas vigentes en otros países⁴.
- Adoptar una actitud más activa en la supervisión y administración de proyectos. Tal estrategia incluiría auditorías detalladas realizadas al azar (pero re-

4. Existen diversos modelos que podrían servir como punto de partida: el del Gatt / Organización Mundial de Comercio, el del Comité de las Naciones Unidas para Leyes Internacionales de Comercio (Uncitral), el del Mercado Común Europeo, y otras normas nacionales.

gularmente). En los casos de financiamientos múltiples, todas las agencias involucradas participarían conjuntamente, de modo de evitar la duplicación de esfuerzos. Adoptar procedimientos rápidos y profesionales para atender las denuncias de corrupción.



- Considerar la viabilidad de instalar personal propio en cargos clave de instituciones que ganaron licitaciones y que son vulnerables a la corrupción, con el fin de asegurar la realización de auditorías en tiempo limitado, acompañar el desarrollo de las operaciones y dar soporte a los funcionarios locales en el desarrollo de la competencia administrativa.

- Fomentar el diálogo con un núcleo de consultores comprometidos en trabajar en un ambiente exento de corrupción y explorar sus ideas sobre cómo mejorar ese ambiente.

- Revisar los sistemas de monitoreo de personal de los que ganaron licitaciones, para asegurarse de que el nivel de corrupción interna se mantenga bajo (acompañando la evolución del patrimonio de los que toman las decisiones y exigiendo la

explicitación de eventuales relaciones con licitantes actuales y potenciales; en otras palabras, las agencias de financiación pueden establecer patrones de conducta esperada de los que solicitan bienes y servicios).

- Investigar directamente denuncias de competidores derrotados en licitaciones, en vez de referirlas al Gobierno o al agente ganador.
- Los asesores internacionales que hayan participado en la preparación de los documentos de una licitación no pueden tener derecho a voto en comisiones de evaluación de propuestas.
- Los asesores responsables del acompañamiento de proyectos no deben haber participado en la preparación de la documentación de las respectivas licitaciones.

Tratados internacionales anticorrupción

Una de las mayores contradicciones de las relaciones internacionales que involucran licitaciones es que la mayoría de los países disponen de leyes que prohíben inequívocamente el soborno en su territorio, pero no dicen nada respecto de la corrupción practicada en el exterior. Incluso hay países que, para fines tributarios, permiten la deducción de sumas gastadas en sobornos en el exterior. En la mejor de las hipótesis, la justificación es que las empresas estarían forzadas a practicar actos de corrupción en los negocios internacionales para no colocarse en desventaja competitiva frente a la competencia. En la peor interpretación, refleja un punto de vista cínico y paternalista respecto de lo que es bueno para los demás países.

El factor de mayor encubrimiento de la corrupción en las competencias internacionales es la comisión que se paga al representante local. Éste tiene la tarea de ganar el contrato y recibe recursos suficientes para hacerlo, sin que la empresa patrocinadora conozca los detalles de la operación. Eso crea una cómoda distancia entre la empresa que compete y el acto de corrupción, permitiendo manifestaciones de sorpresa, consternación e incluso hasta de negación cuando hechos de esta naturaleza se descubren. Además, el proceso pone a los representantes locales en una posición que les permite retener lo que quisieran de las elevadas comisiones que reciben.

Concientización pública

La lucha contra la corrupción no tiene posibilidad de éxito si los ciudadanos no reciben claramente el mensaje de que ella, realmente, no es tolerada y de que los responsables de actos ilegales serán castigados. La experiencia demuestra que, aunque eso no impide toda la corrupción, definitivamente limita el problema. Debe haber programas de esclarecimiento dirigidos a todas las partes involu-

cradas –funcionarios responsables de licitaciones y de la administración de contratos, proveedores y público en general–, pero los mensajes solo tienden a desmoralizar si no están acompañados de una acción concreta contra aquellos que incumplen las normas: los funcionarios tienen que ser procesados, los administradores culpables tienen que renunciar, los proveedores involucrados en actos de corrupción necesitan sufrir concretamente las sanciones que la ley define.

Señales exteriores de corrupción

Combatir la corrupción significa también observar el estado de prosperidad de aquellos que están potencialmente sujetos a ella. Cualquier enriquecimiento súbito de funcionarios responsables directa o indirectamente de compras y encargos debería ser investigado, aunque solo sea para demostrar su inocencia.

Los sobornos pueden darse bajo la forma de «regalos», que se pueden concretar de las más variadas maneras: comenzando por objetos de uso personal, llegando a pagos en dinero. Hay diversas formas de recompensar a un funcionario público por «servicios prestados» –y se presentan como acciones negociables en la bolsa, cobertura de gastos de viajes y hospedaje, acciones en clubes, facilitación para la apertura de un negocio o incluso el pago de la matrícula de un pariente para un curso en el exterior.

Sin embargo, sería inviable condenar todo y cualquier tipo de gentileza como señal de corrupción. El principal problema con los «regalos» es que algunos son aceptables, y otros, no. ¿Cómo trazar el límite? Un elemento que complica todo esto es el hecho de que los niveles de cordialidad normales y esperados, sin crear problemas ni obligaciones, varían mucho de una sociedad a otra. De modo general, en lo que toca a presentes y gentilezas, la línea divisoria se encuentra en el punto en que el beneficiario del regalo se ve comprometido con quien se lo dio.

Contratación después de la función pública

Un área potencial de corrupción es la contratación, en las empresas, de ex-funcionarios públicos con quienes mantuvieron relaciones comerciales. No sería práctico ni razonable establecer que se prohíba contratar funcionarios públicos después de que éstos hayan dejado el cargo en la administración. Sin embargo, hay empleos de empleos. Por ejemplo, tenemos el caso de los proveedores privados que establecieron extensas redes de corrupción en el interior del Ministerio de la Defensa del Reino Unido, no solo por medio de sobornos en dinero

y de pagos de costosas vacaciones en el exterior, sino también mediante promesas de empleos lucrativos cuando los funcionarios fuesen a dejar sus cargos oficiales. Aceptar una propuesta de empleo de un antiguo ex-proveedor es una gran tentación para el funcionario público, sobre todo si acumuló experiencia de trabajo pero recibe una remuneración discreta, como es la regla en el servicio público de cualquier país. (Obsérvese, a este respecto, que la baja remuneración del funcionario público es compensada por condiciones de estabilidad que usualmente no se encuentran presentes en la actividad privada.) Por lo general, no hay nada de malo en aceptar una propuesta de empleo. En verdad, puede incluso ser un modo constructivo y útil de evitar que la comunidad pierda una experiencia valiosa. Hay en eso, no obstante, susceptibilidad por los abusos. El funcionario que deja de trabajar en el servicio público puede llevar consigo

informaciones detalladas sobre estrategias de gobierno para negociar contratos oficiales, eventualmente relativas a un negocio inminente. Puede también ser portador de informaciones conocidas en discusiones confidenciales llevadas a cabo con los oponentes del nuevo empleador. En ese caso, ni el sector público ni el sector privado se benefician.

Además, una promesa de colocación futura puede ser usada como un «inductor» en negociaciones inescrupulosas para la obtención de contratos, circunstancia que no es percibida por el monitoreo de la vida financiera del funcionario mientras él está todavía en el ejercicio del cargo. Aunque no sea justo ni deseable prohibir completamente la posibilidad de empleo después de haberse apartado del sector público, es cierto que la aceptación de ciertos puestos de trabajo no sirve al interés público.

