

## CONTRATACIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN ANTICORRUPCIÓN

Ximena PINTO NERÓN\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Ética pública. III. Normativa en materia de ética pública. IV. Contratación pública y ética pública. V. Conductas irregulares en materia de contratación pública que implican un actuar no ético. VI. Ser y parecer en el comportamiento ético. VII. Aspectos éticos relevantes en la materia. VIII. Régimen de responsabilidades. IX. Competencia profesional y capacitación en la materia. X. Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública constituye un sector sustancial en el obrar de la administración pública estatal, en tanto el Estado se erige como demandante de bienes, servicios y obra pública, empleando fondos públicos.

Tal como señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (conocida por su sigla en español OCDE, y en inglés OECD),<sup>1</sup>

---

\* Doctora en derecho y ciencias sociales, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Magíster en derecho administrativo económico (MDAE) por la Universidad de Montevideo. Máster en derecho de la contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesora asistente en las materias derecho público II y III (administrativo I y II), de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay. Profesora de derecho administrativo en la maestría en administración pública y de las materias entorno legal y principios generales del derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica del Uruguay (UCUDAL). Consultora y docente en la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP). Docente (instructora) en la Escuela de Auditoría Gubernamental (EAG) y en la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP). Especialista en materia de libre competencia en América Latina, egresada de la Universidad Pontificia Católica de Chile. Especialista en capacitación de adultos, certificada internacionalmente por INTOSAI-IDI

<sup>1</sup> La OCDE es una organización internacional que tiene como objetivo coordinar las políticas económicas y sociales de los Estados que la componen.

las contrataciones de bienes y servicios del Estado representan un alto porcentaje del producto interno bruto (PBI) de cada nación. De esta forma, la trascendencia del obrar del Estado en dicha materia es palmaria, en tanto desde el punto de vista cuantitativo se estima que el gasto empleado en la contratación pública representa más de un 15% del PBI en los países americanos y europeos.

Por otra parte, desde una mirada de corte cualitativo, la contratación pública es la que permite el cumplimiento de los cometidos asignados a los diversos órganos estatales. Por todo ello, y siendo que se maneja en ese ámbito dinero que es de la sociedad toda, se acentúan los caracteres que impliquen que dicho sector sea propenso a que se produzcan conductas corruptas o no deseadas, por lo que es necesario determinar el alcance e impacto del obrar de los servidores públicos llamados a actuar en la materia.

## II. ÉTICA PÚBLICA

La ética constituye una rama de la filosofía que estudia las normas y fundamentos de la conducta humana. La moral, por su parte, es definida como aquello “perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”.<sup>2</sup> Si bien, como surge de lo anteriormente expuesto, ética y moral son términos conceptualmente diversos, se encuentran íntimamente relacionados, por lo que resulta imprescindible referir a ellos. Como se ha indicado, el objeto del presente estudio lo constituye la ética pública, la que podría definirse como un subtipo de la ética general; es decir, la aplicación al ejercicio de la función pública de los postulados éticos. Rodríguez Arana define a la ética pública como la “ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos”, e indica que “en una palabra, la Ética de la función pública es la ciencia del servicio público”.<sup>3</sup>

Quienes desempeñan las labores para el Estado son denominados de diferentes formas según los regímenes jurídicos existentes a nivel mundial, siendo que se les ha llamado “funcionarios”, “empleados”, “agentes”, e incluso “servidores” públicos, debiéndose destacar que este último término ha adquirido gran trascendencia en los tiempos actuales, por cuanto enfa-

<sup>2</sup> Real Academia Española, 22a. ed., con sus enmiendas de 2012, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=moral> (fecha de consulta: 23 de mayo de 2015).

<sup>3</sup> Rodríguez Arana, Jaime, “Sobre ética pública en la administración pública”, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IX, 2002, p. 59.

tiza en la noción del servicio que se presta, y no tanto en el desarrollo de las funciones. Esos servidores públicos son personas que deben conducirse exclusivamente en aras de la tutela del interés público, siendo necesario que se denote un comportamiento acorde con los postulados que exige la defensa de dicho interés, lo que se efectiviza, en primer término, con el cumplimiento de los principios generales de derecho, prioritarios en cualquier ordenamiento jurídico.

Tal como señala Rodríguez-Arana

La sociedad, como es lógico, contempla la actividad administrativa con esperanza a la vez que solicita, exige, servicios públicos, cada vez de mayor calidad. Los ciudadanos, en otras palabras, son conscientes de lo importante que es que “su” Administración Pública funcione bien y de verdad. Quizás por ello, pienso que se espera una mayor dosis de “exigencia ética” del funcionariado público que del trabajador del sector privado.<sup>4</sup>

En este sentido, las sociedades han advertido la trascendencia acerca del comportamiento ético que deben asumir “sus” servidores, es decir, quienes prestan el servicio público, siendo que ha influido la globalización y el avance en los sistemas de información, a efectos de que la población fuera consciente de la envergadura de las consecuencias incluso económicas que se han producido por los casos de corrupción que han ocurrido en los diferentes lugares.

### III. NORMATIVA EN MATERIA DE ÉTICA PÚBLICA

Actualmente, existe la tendencia a la adopción de normas que regulen la ética en la función pública, destacándose la inclusión de las mismas en códigos que implican un alto grado de sistematización en materia de disposiciones jurídicas.

A este fenómeno que se produce tanto a nivel interno de los diversos países, como en el ámbito internacional se le ha llamado “juridización” o “positivización” de la ética pública. Históricamente, los estudiosos del derecho, así como grandes filósofos y pensadores, han discutido respecto de la procedencia de la materialización de los postulados éticos en normas jurídicas, lo que se vincula con la relación entre moral y derecho. Es menester analizar los principales aspectos respecto de la normativa internacional e interna dictada.

<sup>4</sup> Rodríguez Arana, Jaime, *op. cit.*, p. 59.

## 1. *Normativa internacional*

En el ámbito internacional, es menester destacar la existencia de determinadas normas de fuente convencional que se han adoptado. Ellas son:

### A. *Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)*

Dicha Convención, suscrita en Caracas (Venezuela) el 29 de marzo de 1996, ha sido calificada por la doctrina como un verdadero tratado de derechos humanos,<sup>5</sup> destacándose su trascendencia. La doctrina ha sostenido que estos claros objetivos consagran dos líneas de acción a seguir; la primera de las indicadas operará al interior de cada Estado, mientras que la segunda, hacia el exterior, procurando la cooperación entre naciones.<sup>6</sup> Tal como señala Durán Martínez, del texto del preámbulo de la Convención se desprende que “el combate a la corrupción no es un fin en sí mismo sino que con él se procura el mejor desarrollo de lo que Gros Espiell ha denominado el «derecho de vivir»”.<sup>7</sup> En su artículo III, bajo el acápite “Medidas preventivas”, la Convención establece que se procura crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Cabe destacar la existencia del mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), que consiste en un instrumento intergubernamental establecido en el ámbito de la OEA a los efectos de apoyar a los Estados parte del mismo en la implementación de las disposiciones de la CICC.<sup>8</sup>

### B. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (conocida como CNUCC, siendo su sigla en inglés UNCAC)*

Si bien dicha Convención fue suscrita inicialmente por 111 países en Mérida (México), del 9 al 11 de diciembre de 2003, no fue, sino hasta el

---

<sup>5</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., t. I (*Parte general*), Buenos Aires, 1997, p. XVI-7.

<sup>6</sup> Durán Martínez, Augusto, “Corrupción y derechos humanos. Aspectos de derecho administrativo”, en *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, AMF, p. 143 y 144.

<sup>7</sup> Durán Martínez, Augusto, “Corrupción y derechos humanos..” *cit.*, p. 141.

<sup>8</sup> El procedimiento que se sigue consiste en realizar “rondas” sucesivas donde se efectúan evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, que culminan con recomendaciones. El MESICIC no sanciona, sino que fortalece la cooperación entre los Estados.

14 de diciembre de 2005 que se produjo su entrada en vigencia. Existe consenso en sostener que se trata del más amplio acuerdo existente a nivel internacional en materia de ética pública y lucha contra la corrupción, en virtud de que la ONU cuenta con más de 140 miembros en la actualidad. Es una Convención extensa, pues consta de Preámbulo y setenta y un artículos, donde se abarcan una gran cantidad de temas, como ser, políticas y prácticas de prevención de la corrupción, procura de aplicación de códigos y normas de conducta por parte de los diversos Estados, medidas en relación con la contratación pública y gestión de la hacienda pública, información pública, participación de la sociedad, etcétera. El artículo 63 de la CNUCC prevé el establecimiento de una Conferencia de los Estados parte en la Convención, a fin de mejorar la capacidad de los Estados parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos de la misma.

## 2. *Normativa interna*

Es necesario señalar que en un gran cantidad de países las Constituciones nacionales cuentan con disposiciones que denotan postulados éticos en materia de servicio público, lo que resulta trascendente por la jerarquía de sus normas. Por otra parte, fundamentalmente a raíz de los compromisos asumidos en virtud de la aprobación y ratificación de las disposiciones internacionales, muchos países han adoptado normas en su ordenamiento interno, referentes a la ética en la función pública.

## IV. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ÉTICA PÚBLICA

En múltiples ocasiones, las personas públicas participan del mercado demandando bienes, servicios y obra pública, pues a los efectos de llevar a cabo sus cometidos necesitan celebrar contratos obteniendo las prestaciones necesarias. Así, adquiere especial relevancia el comportamiento de los servidores públicos vinculados al desempeño de tareas relacionadas con la contratación pública. Es menester tener presente que la contratación pública constituye uno de los sectores sensibles a la corrupción y prácticas no debidas, por lo que comúnmente se dice que la actuación en materia de contratación pública configura “bandera roja” al respecto. Un análisis detenido de las normas tanto internacionales como internas de diversos países que regulan el obrar en la administración pública, y más específicamente la ética pública, nos hace vislumbrar que las mismas refieren directamente a la contratación pública, introduciendo disposiciones a los efectos de prevenir, erradicar y sancionar

la corrupción en la materia. En efecto, tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción como la Convención Interamericana contra la Corrupción, refieren en forma específica a la contratación pública, poniendo énfasis en particular en los principios de transparencia y de publicidad. A continuación, se analizarán los principales aspectos de la contratación pública que se relacionan con los postulados éticos que deben regir la actuación de los servidores públicos:

### 1. *Principios de la contratación pública*

En todo ordenamiento jurídico se destaca la existencia de principios generales de derecho, los que, tal como señala Delpiazzo, pueden definirse conforme a su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre. De esta forma, son principios, por cuanto constituyen los cimientos o bases de todo ordenamiento; son generales, en virtud de que “trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares”, y son reglas de derecho, dado que configuran disposiciones de corte jurídico, no siendo “simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas”.<sup>9</sup> Dentro de los principios de la contratación pública más relevantes encontramos los siguientes:

#### *A. Igualdad de los oferentes o igualdad de trato*

Dicho principio implica que se confiera un trato igualitario a los oferentes, teniendo presente las desigualdades antológicamente existentes. En efecto, el citado principio implica que deba “tratarse igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales”.<sup>10</sup>

Así, el principio implica la necesidad de conferir igualdad de oportunidades; por tanto, está prohibido cualquier tipo de discriminación. En este sentido, cabe señalar que entre los principios consagrados por el Tratado de la Comunidad Europea se destaca la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, prevista en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que adquiere singular trascendencia en materia de contratación pública. Asimismo, se ha indicado que el principio de igualdad de los oferentes se relaciona con el de imparcialidad, por cuanto no existe posibilidad de trato igualitario donde no se verifica la neutralidad y objetividad necesaria.

<sup>9</sup> Delpiazzo, Carlos E, *Derecho administrativo uruguayo*, México, Porrúa, 2005, p. 12.

<sup>10</sup> Cajaville Peluffo, Juan Pablo, *Sobre derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 2007, p. 303.

Es menester recordar que otro de los principios generales en materia de contratación pública es el principio de estricto cumplimiento del pliego de condiciones o de las bases del llamado, lo que implica que las bases o normas del pliego, en su caso, son de interés general, siendo que su cumplimiento interesa tanto al orden público como a los licitantes.<sup>11</sup> Dicho principio constituye un pilar en todo sistema de contratación dentro de un ordenamiento jurídico, por cuanto, tal como señala Juan Pablo Cajarville,

deriva necesariamente de otros dos que son la médula, no ya solamente de los procedimientos de selección del contratista, sino del régimen administrativo todo: el principio de legalidad, que impone a la Administración el respeto de todas las normas que rigen su organización y actividad, incluso las que ella misma haya dictado; y el principio de igualdad, en el tema igualdad de todos los oferentes, verdadera columna vertebral de la licitación pública y de los demás procedimientos de selección...<sup>12</sup>

### B. *Concurrencia*

El principio de concurrencia implica que participe en los procedimientos de contratación la mayor cantidad de sujetos que se encuentren en condiciones de hacerlo, de manera que la administración actuante cuente con la mayor cantidad de propuestas, que le permitan seleccionar a quien resulte más idóneo para la prestación del objeto.

Tal como señala el profesor argentino Agustín Gordillo,

se ha dicho en tal sentido que “interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias.” Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento.<sup>13</sup>

Diversos autores refieren a este principio, utilizando indistintamente los términos “concurrencia” o “libre competencia”, haciendo hincapié en la relación con el principio de igualdad de los oferentes. En este sentido, se ha indicado que “la participación en condiciones igualitarias de todos los potenciales oferentes, garantiza la libre concurrencia o competencia de éstos

<sup>11</sup> Sayagués Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo, BdeF, 2005, pp. 41, 42, 74 y 94.

<sup>12</sup> Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Sobre derecho administrativo*, op. cit., p. 311.

<sup>13</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cap. XII, p. XII.15, disponible en: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014).

con el propósito de resultar adjudicatarios del respectivo contrato administrativo, de modo que se trata de principios complementarios”.<sup>14</sup> Por otra parte, la jurisprudencia en regímenes de derecho comparado se ha pronunciado haciendo referencia a la trascendencia del cumplimiento de los postulados de la concurrencia y la competencia para la satisfacción de la necesidad pública insatisfecha que motiva la realización de un procedimiento para la selección del cocontratante. En este sentido, se ha indicado que resulta imprescindible

afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa... destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.<sup>15</sup>

### C. *Publicidad y transparencia*

El principio de publicidad, imperante en todo el obrar estatal, adquiere en materia de contratación una relevancia singular. En efecto, dicho principio se vislumbra con claridad en la contratación pública, por cuanto, en primer lugar, implica que todas las personas puedan conocer los procedimientos de contratación, a efectos de encontrarse en posibilidad de presentarse y participar de los mismos. Las convenciones internacionales contra la corrupción, tanto en el ámbito americano como en el de Naciones Unidas, refieren tanto a la publicidad como a la transparencia como principio, lo que también se verifica en las disposiciones de derecho interno dictadas en cada país, erigiéndose como indispensables en el obrar público. Estos principios han cobrado una trascendencia significativa en los últimos tiempos. En efecto: de la plena vigencia del principio de publicidad imperante, se ha avanzado hacia la transparencia, como verdadero pilar en un Estado de derecho, siendo que la misma implica que el actuar de la administración se deje ver como a través de un cristal.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, “Contratación administrativa”, t. IV del *Tratado de derecho administrativo*, Guayacán, Costa Rica, pp. 217 y ss.

<sup>15</sup> Costa Rica, Voto 998-98 de las 11:30 hs. del 16/2/98, pronunciado por la Sala Constitucional.

<sup>16</sup> Delpiazzo, Carlos E., “Transparencia en la contratación administrativa”, en *Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, FCU, abril de 2005.

En un contexto de plena vigencia del principio de transparencia, surgen en diversos países leyes de acceso a la información pública. Siguiendo las enseñanzas de Emilio Guichot, debemos decir que “los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo en una perspectiva democrática”,<sup>17</sup> de lo que surge la gran trascendencia del tema, ya que la población tiene derecho a conocer lo que ocurre en “su” administración pública, esencia de un Estado de derecho donde se verifique un sistema basado en la democracia.

## 2. *Principios éticos de especial relevancia*

Existen ciertos principios básicos reconocidos en general en materia de ética pública, que son de especial trascendencia en el obrar de los funcionarios en el ámbito de la contratación pública. Entre los más trascendentes es menester señalar los que a continuación se expresan:

### A. *Principios de probidad e integridad*

Los servidores públicos deben observar una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. De esta forma, el servidor público debe observar una conducta honesta, exteriorizando la apariencia de que está actuando de esa forma, es decir, se debe actuar demostrando ser probo, lo que implica mantener una conducta recta que denote integridad en el obrar. En efecto, existe la tendencia actualmente de incluir en las normas de conducta en la función pública la previsión referida a que se producirá la trasgresión a los preceptos normativos no sólo infringiendo en forma directa los mismos, sino también ante cualquier acción en el ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violar las disposiciones normativas vigentes.<sup>18</sup> Esto exige que los servidores públicos eviten la exteriorización de una conducta que confiera la imagen de estarse configurando un actuar no ético.

<sup>17</sup> Guichot, Emilio, “Transparencia en la administración”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, España, junio de 2012, p. 29.

<sup>18</sup> En este sentido, encontramos en Uruguay lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 30/003, norma que prevé la exteriorización de la conducta como contravención a las normas imperantes en la materia.

### *B. Principio de imparcialidad*

Las normas de procedimiento administrativo común en los diversos países, en general, recogen el principio de imparcialidad, el que implica conferir un tratamiento igualitario y sin sesgos, previendo los institutos de excusación y recusación como garantía, a efectos de su cumplimiento. Este principio adquiere singular relevancia en materia de contratación pública. Es menester destacar una norma vigente en Uruguay, prevista en el artículo 72 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TO-CAF), donde se introduce una previsión específica en la materia, en tanto preceptúa:

Los ordenadores, asesores, funcionarios públicos, aquellos que desempeñen una función pública o mantengan vínculo laboral de cualquier naturaleza, de los órganos competentes de la Administración Pública deberán excusarse de intervenir en el proceso de contratación cuando la parte oferente o contratante esté ligada por razones de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad. En igual sentido deberán excusarse en caso de tener o haber tenido en los últimos doce meses con dicha parte alguna vinculación de índole profesional, laboral o empresarial”

La disposición referida establece con precisión el alcance de la prohibición de participación por razones de parentesco, y, por otra parte, introduce aspectos relacionados con el llamado mecanismo de la “puerta giratoria”, al establecer que deberá excusarse de participar todo aquel que tenga en la actualidad o haya tenido en el último año, una vinculación profesional, laboral o empresarial con la parte oferente o contratante. El fenómeno de la “puerta giratoria” es regulado de diversa forma en los diferentes países que lo recogen; tiene por finalidad evitar el trasiego de influencias del ámbito público al privado y del privado al público. En los países en que se recogen previsiones referidas al mecanismo de la puerta giratoria, se procura tutelar la imparcialidad, lo que a su vez redundará positivamente en aras de que ocurra una competencia efectiva, sin sesgos o limitaciones.

### *C. Principios de buena fe, lealtad y respeto*

El servidor público debe actuar con buena fe y lealtad en el obrar administrativo, lo que implica ejercer las tareas en forma personal, con espíritu de colaboración. Por otra parte, se debe dar cumplimiento al principio de

respeto; ello implica actuar con “miramiento, consideración, deferencia”.<sup>19</sup> En este sentido, el servidor debe respetar tanto a los restantes servidores públicos como a toda persona con la que tenga trato en el desempeño de la función, y evitar toda clase de desconsideración.

## V. CONDUCTAS IRREGULARES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE IMPLICAN UN ACTUAR NO ÉTICO

Una vez analizados los principios que rigen en la contratación pública, así como los que regulan el obrar de los servidores públicos, es menester ahondar en algunas conductas irregulares que pueden ocurrir en la materia objeto de estudio. Los aspectos más relevantes al respecto son:

### 1. *Utilización del régimen de contratación directa en forma abusiva o impropia*

Como es sabido, en todos los países se establecen hipótesis en las que opera la posibilidad de proceder a la contratación directa. Es frecuente advertir que en varios casos se acude a ese obrar de excepción, que implica que no se realice un procedimiento competitivo mediante un falseo de la situación, tal como se ha dado a los efectos de aplicar en varios países americanos la excepción de urgencia o emergencia.

En efecto, tal como señala la doctrina argentina, muchas veces ese estado de emergencia no es tal, o bien la urgencia es provocada por los funcionarios actuantes para proceder por esta vía de excepción.<sup>20</sup> En el Uruguay, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, por Resolución 21/015 del 13/3/15, dispuso

Emitir una recomendación no vinculante (Art. 26 Literal F Ley 18.159), dirigida a las autoridades públicas que revisten el carácter de ordenadores de gasto, exhortándoles a utilizar de manera residual el procedimiento de contratación directa, sólo para casos excepcionales, recurriendo en general a procedimientos competitivos que permitan obtener los beneficios de la multiplicidad de ofertas y la libre competencia.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., significado del término “respeto”, disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es) (fecha de consulta: 13 de junio de 2015).

<sup>20</sup> Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012, pp. 106-108.

<sup>21</sup> Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, Resolución 21/015 del 13/3/15. Ello se dispuso luego de la confección del Informe 15/05 del 12/3/15 por parte

La utilización de la contratación directa en los casos en que la misma no opera implica un obrar contrario a la legalidad, siendo vulneradas las normas de conducta en la función pública por parte de aquellos que participen en la contratación de que se trate en un caso como el citado.

Ese proceder además contraviene otros postulados imperantes en materia de ética en la contratación, tales como ser la buena administración financiera y la eficiencia en la contratación, así como la integridad, los que implican que los servidores públicos con tareas vinculadas a la gestión del patrimonio relacionado con los fondos públicos deben ajustar su actuación a las normas de administración financiera aplicables, a los objetivos y metas previstos, al principio de buena administración, en lo relativo al manejo de los dineros o valores públicos y a la custodia o administración de bienes de organismos públicos.

## 2. *Falso de la competencia*

En el ámbito de la contratación pública es posible que se produzcan situaciones que impacten en la competencia, por lo que los funcionarios actuantes deben poner toda su experiencia y pericia a efectos para prevenir, detectar y sancionar prácticas no debidas. Algunas de las prácticas que pueden darse son las siguientes:

### A. *Pacto colusorio entre oferentes*

Los pactos colusorios consisten en acuerdos o concertaciones de carácter ilícito que producen un daño, en tanto afectan el libre desenvolvimiento del mercado. Este proceder implica la configuración de maniobras artificiales, que tienen por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante. El ámbito de la contratación pública es vulnerable a que se produzcan pactos colusorios entre oferentes. Los mismos son conocidos por el término en inglés *bid rigging*,<sup>22</sup> y pueden adquirir diversas modalidades, tales como ser:

---

de sus servicios técnicos, donde, analizada la normativa y los datos de los procedimientos llevados a cabo en el país, se concluyó que “Dadas sus características la contratación directa implica una restricción a la competencia, que dependiendo de cada caso podrá beneficiar o perjudicar a los consumidores y usuarios”, siendo que “Tanto en los hechos como a nivel normativo existe una clara tendencia hacia la contratación directa”.

- Presentación de propuestas “en las sombras”, de cortesía o simbólicas. Acuerdo entre potenciales oferentes, a efectos de presentar propuestas con precios previamente concertados, simulando existir competencia o pugna entre los mismos en el ámbito del procedimiento de que se trate. En dichos casos se establece de antemano quién presentará la propuesta más conveniente, procurando resultar adjudicatario. Los restantes, presentan propuestas en forma simbólica, con precios excesivos o al menos más elevados que el de otro potencial contendiente, o bien se adoptan diversos comportamientos, como ser el de incluir en la oferta cláusulas que contravengan las bases del llamado, los que determinen la inadmisibilidad de la propuesta por parte de la administración.
- Retiro de propuestas ya presentadas en procedimientos de contratación. En estos casos generalmente se invocan ante la administración por parte de los agentes de dicho obrar, determinadas circunstancias para conferir un velo de legitimidad a tal proceder (por ejemplo, invocando la imposibilidad de efectuar la prestación por condiciones del mercado).
- Reparto del mercado o adjudicación de zonas geográficas. Las empresas presentan ofertas en ciertos procedimientos, y se abstienen de presentarse en otros, o se reparten el mercado, o bien se adjudican zonas geográficas.
- Rotación de adjudicatario. Acuerdo por el cual, ciertas firmas que operan en el mismo ramo convienen presentarse en determinados procedimientos, y en otros no, a efectos de que se produzca la rotación. En otros casos, los agentes se dividen los organismos ante los cuales se presentarán unos, y ante qué otros, los restantes.

Cabe destacar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha efectuado una investigación en procura de determinar ciertos tipos de prácticas a efectos de prevenirlas, y ha recomendado para ello, conformar dos listas de verificación donde luzcan los aspectos para tener en cuenta por parte de los servidores o funcionarios públicos que intervengan en materia de contratación pública. De lo expuesto surge la relevancia de la temática, y la necesidad del conocimiento y capacitación a los servidores públicos, a efectos de que los mismos se encuentren preparados para afrontar el reto de dar cabal cumplimiento a los postulados de la libre competencia.

*B. Confección de bases que rigen los llamados con previsiones o especificaciones que únicamente pueden ser cumplidas por determinado agente*

La redacción de las bases del llamado constituye una instancia que es vulnerable al sesgo, el fraude y la corrupción. Las especificaciones deben ser claras y completas, pero no discriminatorias. La OCDE indica que dichas especificaciones deben, como regla general, centrarse en el rendimiento funcional, lo que implica enfatizar en lo que se quiere lograr en lugar de la forma en que se va a hacer. En tanto más claros sean los requisitos, más fácil resultará para los proveedores potenciales entenderlos, y mayor será su confianza a los efectos de preparar y presentar sus ofertas. Cabe señalar que la OCDE indica que la claridad no se debe confundir con la previsibilidad, evitando contratos que presentan siempre valores idénticos que contienen datos que pueden ser fácilmente compartidos entre competidores. Por último, es menester indicar que la confección de bases de un llamado a contratación que únicamente puedan ser cumplidas por un agente constituye una hipótesis de “llamado dirigido”. Dicho proceder se encuentra previsto en las normas que rigen en diversos países, prohibiéndose tal obrar, en tanto el mismo contraviene el principio de igualdad de trato, entre otras reglas de derecho. En general, las regulaciones normativas prevén que dicho proceder configura una falta grave.

## VI. SER Y PARECER EN EL COMPORTAMIENTO ÉTICO

Las normas que refieren a la ética pública tienden a destacar la trascendencia de la exteriorización de la conducta, es decir, que las normas atienden a la necesidad de ser y parecer, siendo ésta una tendencia a nivel internacional. De esta forma, no sólo se debe ser un servidor independiente, imparcial, honesto, probo, respetuoso, eficaz y actuar conforme a criterios de buena administración, sino que resulta imperioso mostrarse de tal forma en el accionar. En este sentido, resulta destacable lo dispuesto por el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, donde, a efectos de acentuar la necesidad no sólo de dar cumplimiento a los requerimientos éticos según la percepción personal del servidor público, sino también desde la perspectiva de los terceros, introduce la figura del observador razonable. Así, los funcionarios judiciales, al momento de adoptar determinada conducta, deben abstraerse de cualquier situación particular, posicionándose en el lugar de ese observador razonable, el que puede definirse como “aquel que usando su sana crítica, razón, y sentido

común, analiza o examina la actuación del Magistrado”.<sup>23</sup> Así, el observador razonable sería aquel sujeto común que posee las condiciones de un hombre medio, ajeno a cualquier situación particular, que utiliza su capacidad de discernimiento, examinando la conducta del magistrado, especialmente en lo que refiere a su imparcialidad, integridad y honestidad profesional.

Si bien dicho Código se aplica únicamente a un sector de servidores públicos (particularmente a los funcionarios judiciales), resulta trascendente lo indicado para advertir la relevancia de la tendencia actual a tener presente la exteriorización de la conducta. De esa forma, la tendencia actual es la de entender que el servidor de que se trate debe actuar de acuerdo con principios éticos imperantes, y es de vital importancia irradiar la apariencia de que se actúa de dicha manera debiendo “ser y parecer”.

## VII. ASPECTOS ÉTICOS RELEVANTES EN LA MATERIA

Una vez analizados los principios más trascendentes, así como algunas de las conductas irregulares que se producen en materia de contratación pública, corresponde analizar determinados aspectos que se destacan por su gran relevancia.

### 1. *Recepción de regalos y otros beneficios por parte de los funcionarios públicos con competencia en materia de contratación pública*

En general, la normativa anticorrupción en los diversos países de América y Europa, así como los códigos de conducta en la función pública, prestan atención a regular la cuestión referente a los regalos y beneficios a los funcionarios públicos. Cabe destacar que se prohíbe recibir regalos y otros beneficios con la finalidad de realizar o retardar un acto relativo a la función, conducta que se encuentra en general tipificada como delito en los diversos códigos penales. No obstante, en varios países se permiten regalos de escasa entidad por razones de cortesía, y se regulan los regalos diplomáticos, etcétera, excepciones que se prevén como admisibles siempre que los mismos no sean destinados a realizar o retardar los actos relativos a la función referidos precedentemente.

Este tema resulta de gran trascendencia y genera polémica cada vez que el mismo es tratado, pero debe tenerse presente que el mismo adquiere una

<sup>23</sup> Ruiz-Díaz, Paula y Pinto Nerón, Ximena, “El concepto de observador razonable”, en *Aplicación del CMIEJ en Uruguay*, 2009, Suprema Corte de Justicia de México, p. 96.

importancia aún mayor cuando el regalo, dádiva o beneficio es recibido por un funcionario que presta tareas en el ámbito de la contratación pública. En el ámbito internacional, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 8o., que cada Estado parte procurará establecer medidas para exigir que los funcionarios públicos hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos

Por otra parte, cabe señalar lo previsto en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, el que establece que los funcionarios “rechazarán cualquier regalo, favor o servicio, personal o familiar, en condiciones ventajosas que, más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, puedan condicionar el desempeño de sus funciones.”

Respecto de la temática objeto de estudio, citaremos lo previsto en algunos países:

- a) En España, el artículo 54 de la Ley 7/2007 (Estatuto del Funcionario Público), en su numeral 6o. establece que “Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”. Por otra parte, la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su artículo 26, numeral 6o., establece que los funcionarios no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. Asimismo, se indica a texto expreso que en el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la administración pública correspondiente.
- b) En Uruguay, el artículo 31 del Decreto 30/003 establece la prohibición a los funcionarios públicos, de solicitar o aceptar dinero, dádivas, beneficios, regalos, favores, promesas u otras ventajas, directa o indirectamente, para sí o para terceros, a fin de ejecutar, acelerar, retardar u omitir un acto de su empleo o contrario a sus deberes o por un acto ya cumplido. A esos efectos, se tomará especialmente en cuenta, que el regalo o beneficio provenga de una persona o entidad que gestione o explote concesiones, autorizaciones, privilegios o franquicias otorgados por el órgano o entidad en que el funcionario se desempeña, sea contratista o proveedor de bienes o servicios, a

un organismo público o estuviere interviniendo en un procedimiento de selección, o tenga intereses que pudieran verse significativamente afectados por la decisión, acción, aceleración, retardo u omisión del organismo o entidad en el que el funcionario se desempeña. Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 32 del Decreto 30/003 establece una serie de regalos permitidos, dentro de los que menciona “las atenciones de entidad razonable recibidas en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan”, así como los regalos protocolares, etcétera. Por otra parte, la Ley 19.121 (Estatuto del Funcionario Público de los servidores de la Administración Central), en su artículo 30 establece la prohibición de solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función, “excepto atenciones de entidad razonable que se realicen por razones de amistad, relaciones personales o en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan”.

- c) En Argentina, la Ley 25.188 de Ética Pública, en su artículo 18, establece que los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones, exceptuando el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática, en cuyo caso se prevé la reglamentación de los mismos a efectos de ser incorporados al patrimonio del Estado.

En conclusión, en general los países prohíben la recepción de regalos o cualquier otro tipo de beneficio, salvo las excepciones que a texto expreso se establecen. Sin perjuicio de ello, y aun en los casos en los cuales podría incluirse dentro de la excepción, se entiende que las prohibiciones referidas deben interpretarse a la luz de la plena vigencia de los principios que rigen el obrar de los funcionarios públicos, tales como ser los de imparcialidad y probidad, destacándose la trascendencia del ser y el parecer referido precedentemente. Consecuentemente, entiendo que quienes desempeñan tareas en materia de contratación pública deben ser especialmente cuidadosos al momento de encontrarse ante una situación como las detalladas. En Uruguay, por ejemplo, donde se permiten regalos de “entidad razonable” en época de fiestas tradicionales, esta problemática adquiere gran trascendencia. La OCDE ha analizado dicha temática. Al respecto, ha señalado que

No es el valor del regalo que es el tema principal de la política en la mayoría de los casos: es la cuestión de cómo tratar adecuadamente con la relación real o presunta entre donante y el receptor que más importa. Regalos a los profesionales de contratación en su capacidad privada (en contraposición a los regalos oficiales a la organización del funcionario), deben plantear la cuestión de si existe una relación entre el donante y el receptor, que podría constituir un grave riesgo para la integridad del funcionario individual, o a la organización.<sup>24</sup>

A esos efectos, la OCDE formula una *checklist* que se debería plantear todo funcionario público a efectos de reflexionar sobre el regalo o beneficio que le es entregado. Esa lista plantea el análisis de cuatro aspectos del regalo, a saber:

1. *Genuino*. ¿Es genuino, en agradecimiento por algo que he hecho en mi papel como practicante de adquisiciones y no solicitado o alentado por mí?
2. *Independiente*. Si acepto este regalo, ¿una persona razonable tendría alguna duda de que yo pudiera ser independiente en hacer mi trabajo en el futuro, sobre todo si la persona responsable de este regalo está involucrado o afectado por una decisión que yo pueda hacer?
3. *Libre*. Si acepto este regalo, ¿me sentiría libre de cualquier obligación de hacer algo a cambio de la persona responsable de la ofrenda, o por su familia/amigos/o asociados?
4. *Transparente*. ¿Estoy preparado para declarar este regalo y su fuente, de forma transparente, a mi organización y sus clientes, a mis colegas de profesión y para los medios de comunicación y el público en general?<sup>25</sup>

Al respecto, comparto lo expresado por el profesor norteamericano Robert Klitgaard en tanto indica: “Gifts and bribes can be difficult to distinguish”,<sup>26</sup> lo que significa que regalos y sobornos pueden ser difíciles de distinguir, de diferenciar. En efecto, si una empresa proveedora del Estado

<sup>24</sup> OCDE, “Gifts and Gratuities Checklist”, traducción propia de material, disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/giftsandgratuitieschecklist.htm> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2015).

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> Klitgaard, Robert, “Addressing Corruption Together”, presentado en el Simposio de la OCDE celebrado el 11 y 12 de diciembre de 2014, p. 19. Traducción propia del documento, disponible en: <http://www.oecd.org/dac/governance-peace/publications/FINAL%20Addressing%20corruption%20together.pdf> (fecha de consulta: 31 de mayo de 2015).

entrega un regalo o beneficio a algún funcionario que se desempeña en el ámbito de las compras públicas, es menester preguntarse cuál es su finalidad y el impacto que esto produce, debiéndonos plantear asimismo cuál es la visión de la ciudadanía al respecto, en tanto la exteriorización de la conducta impacta en forma directa en la imagen institucional.

## 2. *Posibles conflictos de intereses. Declaraciones juradas de bienes e ingresos. Mecanismo de la puerta giratoria*

Uno de los grandes problemas en el ámbito de la contratación pública es la existencia de posibles conflictos de intereses. Al respecto, es necesario tener presente que el artículo 8o. de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción establece:

Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

El artículo 9o., literal e), de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, establece que los Estados parte procurarán establecer “Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.”

Por otra parte, el artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), bajo el acápite “Medidas preventivas”, establece que los Estados parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: “Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda” (núm. 4). De esta forma, adquiere singular relevancia la declaración jurada de bienes e ingresos, que se encuentra prevista en gran cantidad de países, donde cierto sector de funcionarios públicos deben declarar cuál es su patrimonio. El contenido de la declaración jurada referida y los

términos y condiciones en que la misma se presenta varía de país a país, sin perjuicio de lo cual del relevamiento efectuado surge que en gran cantidad de casos, dentro de la nómina de funcionarios obligados a presentar la declaración, se encuentran los funcionarios con competencia para gastar; es decir, aquellos que participan en los procedimientos de contratación pública con competencia para decidir al respecto.

Asimismo, se debe tener presente que existe una tendencia actual de la doctrina, de sustentar la posibilidad de incluir conjuntamente con la declaración jurada una declaración o registros de intereses o actividades para ciertos cargos públicos, así como sus respectivas actualizaciones periódicas, y la creación y mantenimiento de bases de datos que faciliten a los órganos competentes la realización de búsquedas y consultas.<sup>27</sup>

Por otra parte, en cuanto a los conflictos de intereses actuales y futuros, se debe considerar el llamado “mecanismo de la puerta giratoria” (conocida como *revolving door*), el que se desarrolla mediante el trasiego del sector público al sector privado. Originalmente, refería a la situación de los altos cargos públicos (generalmente políticos), que luego pasaban a formar parte de empresas privadas respecto de las que en el ámbito público habían tenido relaciones comerciales, o bien de contralor o regulación. Hoy en día este fenómeno es conocido con diversos alcances y contenidos, y existe la tendencia a nivel internacional, de evitar que el mismo se configure; por tanto, ese posible trasiego es susceptible de afectar la contratación que realiza el Estado.

## VIII. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES

El incumplimiento del deber ético por parte de los funcionarios actuantes en materia de contratación pública los hace pasible de responsabilidades, siendo que a esos efectos resulta por demás trascendente el hecho de que los principales postulados éticos se encuentren plasmados en normas jurídicas. En efecto, si bien la ética va más allá de lo que surja de preceptos normativos, la circunstancia de que exista una norma jurídica que recoja deberes y obligaciones resulta fundamental al momento de llamar a responsabilidad a un servidor público. De esta forma, se destacan los aspectos básicos de la responsabilidad, los que pueden esquematizarse de la siguiente forma:

<sup>27</sup> En este sentido, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención contra la Corrupción (MESICIC) realizó una recomendación a Costa Rica en la IV Ronda del Comité de Expertos.

### 1. *Responsabilidad disciplinaria*

Los funcionarios públicos que cometen faltas disciplinarias deben ser sancionados, en el ámbito del poder disciplinario con que cuenta la Administración Pública Estatal. A esos efectos, deben seguirse los procedimientos pertinentes que se establecen en los diversos ordenamientos jurídicos, otorgando todas las garantías necesarias, en respeto del principio del debido proceso y el derecho de defensa. En España, el Real Decreto 33/1986, del 10 de enero, aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado. Entre las faltas graves que tipifica, establece en su artículo 7o., literal g), la de “Intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas”. Ésta es una de las faltas previstas expresamente, que es susceptible de producirse en un procedimiento de contratación pública. Como analizamos al estudiar el principio de imparcialidad, el funcionario público que advierte que existe alguna circunstancia que puede afectar su neutralidad debe excusarse de participar en el procedimiento referido, y si no lo hace, es pasible de tipificar una falta administrativa que lo hará merecedor de una sanción.

### 2. *Responsabilidad civil-patrimonial*

Por otra parte, el funcionario que adopta una conducta y causa un daño a la propia administración o a terceros es pasible de responsabilidad civil, y debe responder patrimonialmente cuando se configuren los extremos que hacen nacer la responsabilidad citada. Por regla general, en un Estado de derecho, el mismo es el primero en someterse al ordenamiento jurídico, por lo que es pasible de responsabilidad como cualquier otro sujeto de derecho. En este sentido, gran cantidad de las Constituciones de diversos países recogen como normas de máxima jerarquía aquellas que regulan la responsabilidad del Estado. Si ese obrar que hace al Estado pasible de responsabilidad, deriva de una conducta atribuible a un funcionario público en términos de responsabilidad el Estado podrá repetir contra el mismo. Por supuesto que también existe la responsabilidad en forma directa del funcionario, que puede ser llamada a operar por el tercero afectado; pero normalmente esta situación es de las que menos ocurren en los hechos.

### 3. *Responsabilidad penal*

Si la conducta asumida encuadra en la tipificación de alguno de los delitos previstos por la normativa vigente, surgirá el reproche penal de ese obrar. Cada país tipifica las conductas delictivas que resultan reprobables. Sin perjuicio de ello, cabe señalar con carácter general, y con independencia de las particularidades del tipo penal establecidas en cada ordenamiento jurídico, que algunos de los delitos contra la administración pública que son susceptibles de cometerse en el ámbito de la contratación pública, son:

#### A. *Cohecho*

Con independencia de los matices existentes en las diversas regulaciones normativas de los países, podemos decir que el cohecho es la conducta delictiva que se asocia en forma directa con el concepto de corrupción. En efecto, el cohecho comprende el soborno, la solicitud y aceptación de dádivas, regalos u otros beneficios para retardar un acto debido, o para realizar un acto concreto y otro tipo de conductas.

Se ha indicado por parte de la doctrina, que el cohecho es “el delito insignia de las irregularidades en las contrataciones públicas”, siendo en la mayoría de los casos “de muy difícil prueba” en tanto “suele imperar un alto nivel de opacidad, secreto e intrascendencia hacia terceros distintos de los que en tiempo y modo lo practican”.<sup>28</sup>

Se le conoce comúnmente como “pago de coimas” o sobornos.

#### B. *Tráfico de influencias*

Refiere a la invocación de influencias (reales o simuladas), y en aras de ello solicitar o recibir un provecho económico, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su encargo, o bien por ejecutar un acto del mismo.

#### C. *Malversación de caudales públicos*

Los países que tipifican este delito incluyen diversas conductas, realizadas por diversos agentes y en situaciones disímiles. Lo trascendente es que lo

---

<sup>28</sup> Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, op. cit., p. 133.

que procura es tutelar el desenvolvimiento normal de los caudales públicos. Contempla, en algunas regulaciones normativas, el caso de los funcionarios que dan a los caudales o recursos públicos una aplicación diferente a la que están destinados. En algunos países específicamente se hace referencia al peculado, mientras que en otros se incluye la conducta que refiere al mismo dentro de la malversación de caudales públicos. El delito de peculado en general se tipifica cuando el funcionario público se apropia de dinero o cosas muebles de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno.

## IX. COMPETENCIA PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN N LA MATERIA

Las normas dictadas en materia de prevención y detección de prácticas corruptivas, tanto de fuente interna como internacional, tienen en común que ponen el acento en la capacitación de los servidores públicos a efectos de lograr que sean idóneos en el ejercicio de sus tareas y den cumplimiento a normas y principios imperantes en materia de función pública. La Convención Interamericana (CICC), en su artículo III, señala que los Estados parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades (numeral 3). Recogiendo esta exigencia, en los diversos organismos de diversos países se establecen programas de formación para el personal que ingrese, así como cursos de actualización que contemplen aspectos referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función pública, además de los otros aspectos.

Esta temática adquiere especial relevancia en materia de contratación pública, en virtud de tratarse de un sector sensible, donde la capacitación debería ser integral y comprender la impartición de los temas relacionados con la ética pública. Es menester destacar la existencia de ciertas experiencias exitosas, como ser la recientemente implantada en la República de Chile, donde los funcionarios públicos que se desempeñan en compras estatales rinden una prueba de acreditación de competencias, abordando temas relacionados con las compras públicas, normativa aplicable, gestión de abastecimiento, inclusión de grupos vulnerables a las adquisiciones estatales, incluyendo situaciones relacionadas con el principio de probidad, confección de bases de los llamados y criterios de evaluación. Los funcionarios que no

obtengan su acreditación son bloqueados en el sistema, en tanto no pueden ingresar con su clave de acceso a la plataforma de licitaciones de ChileCompra al no recibir la acreditación en competencias referida.<sup>29</sup>

## X. CONCLUSIONES

La corrupción constituye un lamentable flagelo, cuyo combate debe efectuarse a través de la ética. En materia de contratación pública adquiere trascendencia la figura del corruptor. Tal como se ha señalado, la corrupción no es un fenómeno que afecta únicamente al sector público, sino que puede existir coparticipación con la actividad privada. Así, se ha dicho que “no existiría corrupción administrativa sin participación de un particular, que quizá esté inmerso en una empresa cuyo modo de trabajar sea la corrupción privada”.<sup>30</sup> Asimismo, es necesario tener presente la forma en que financian los partidos políticos en los diversos países, pues ello tiene repercusión en ciertos aspectos que pueden darse en la contratación pública.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Plataforma de ChileCompra, disponible en: [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl).

<sup>30</sup> Arriaga, Claudia, “Función pública y corrupción”, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Montevideo, p. 77.

<sup>31</sup> Un aspecto relevante, refiere al caso de financiamiento de los partidos políticos, fundamentalmente en época de campaña electoral, con fondos provenientes por parte de un grupo del sector privado conformado por proveedores del Estado. Esta temática resulta de gran trascendencia en la materia que nos ocupa a nivel mundial. Destacaremos el caso del Uruguay. En dicho país, la Ley 18.485, de Partidos Políticos establece en su capítulo III, disposiciones relativas al costo de funcionamientos de los mismos. En su artículo 45 establece ciertas prohibiciones, entre las que se encuentran el aceptar directa o indirectamente contribuciones o donaciones anónimas, con excepción de aquellas que no superen las 4.000 UI (cuatro mil unidades indexadas). En ningún caso la suma de donaciones anónimas podrá exceder el 15% del total de ingresos declarados en la rendición de cuentas anual. Otra de las prohibiciones establecidas es la de aceptar contribuciones o donaciones de empresas concesionarias o adjudicatarias de obras públicas, siendo que en caso de trasgresión de ello, la Corte Electoral (órgano de control del sistema electoral, creado constitucionalmente), lo comunicará al órgano estatal que haya concedido el servicio o adjudicado la obra, el cual atendiendo al interés del Estado, deberá:

A) Si se tratare de obra, determinar que en el futuro la empresa, o ésta y sus directivos responsables, no serán tenidos en cuenta para nuevas adjudicaciones.

B) Si se tratare de concesión de servicio, declararla precaria o extinguida dentro de los ciento ochenta días de recibida la comunicación de la Corte Electoral, sin perjuicio de la sanción referida precedentemente.

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 18.485 preceptúa que “Las empresas concesionarias de servicios públicos que mantengan relaciones contractuales con el Estado, formalizadas mediante contratación directa o adjudicación de licitación, podrán realizar donaciones o contribuciones a los partidos políticos, sus sectores internos o listas de candidatos, por un

Cuando se pierden de vista los conceptos mismos de servicio público e interés general, la configuración de prácticas no debidas es un hecho. Como se ha indicado, existen normas que incluso recogen principios, que pretenden ser rectores en materia de conducta en la función pública, y tienen como finalidad el cumplimiento de mandatos éticos a efectos de prevenir, sancionar y en definitiva, erradicar, la corrupción. Es entonces que nos preguntamos por qué diariamente tenemos conocimiento de conductas no deseables adoptadas por servidores que no hacen más que desprestigiar a la administración pública toda, lo que se hace más visible cuando dichas prácticas son conocidas por compañeros y jerarcas, y son toleradas. Cabe preguntarse entonces: ¿acaso debemos concluir que las disposiciones existentes no son suficientes? Sin dudas, el problema va mucho más allá de la normativa.

Es menester tener presente que el derecho no puede cubrir todos los aspectos que la ética impone, siendo que ambos órdenes se encuentran relacionados y se vinculan con la cultura imperante en la sociedad de que se trate y en el momento en que ocurra. Tal como se ha señalado, resulta trascendente indicar la “íntima vinculación que mantienen las prácticas corruptas con las concepciones culturales y las valoraciones geoantropológicas en una comunidad y un tiempo histórico determinados...”.<sup>32</sup> Es necesario recordar las palabras de Michael Reisman. Dicho autor, a efectos de brindar un acercamiento a la justificación de los procesos sociales, señala que cada sociedad cuenta con un sistema mítico constituido por las normas y principios imperantes en el ordenamiento jurídico, y que por lo tanto nos indican qué conductas están permitidas y cuáles prohibidas, mientras que por otro lado posee un código práctico que será el que indique quiénes van a ser castigados y quiénes no, determinando lo que la sociedad tolera. Ello se basa en la existencia de patrones de conducta. Así, “es la existencia del

---

monto que no exceda las 10.000 UI (diez mil unidades indexadas) anuales. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente podrán ceder a título gratuito servicios o materiales específicos de su giro...”. Cabe señalar que la normativa analizada dispone que las sanciones previstas serán aplicadas por la Corte Electoral, de oficio o por denuncia fundada de parte. En la actualidad, se discute sobre el efectivo cumplimiento de esta norma, siendo cuestionadas ciertas empresas proveedoras del Estado por haber contribuido al financiamiento de partidos políticos, sin repercusión alguna a su respecto. En consecuencia, aun en los países donde se regula con precisión normativa la cuestión, la falta de aplicación de la misma conlleva a la carencia de transparencia y al reclamo por parte de la sociedad al respecto, por lo que cabe reflexionar sobre el alcance de esta temática. En efecto, los ordenadores de gastos y pagos pueden ser incluso funcionarios de confianza designados como tales por el partido político de gobierno, resultando por demás importante que se evite el trasiego de influencias.

<sup>32</sup> Iglesias Río, Miguel Ángel Y Arnáiz, Teresa, *op. cit.*, p. 929.

Código práctico lo que determina la existencia de corrupción”.<sup>33</sup> Ese código práctico únicamente podría paliarse a través de la instrucción, siendo que las normas vigentes en la materia deponen en tal sentido.

Resulta imprescindible capacitar no sólo a los servidores públicos, sino también a los ciudadanos en general, a los efectos de crear una concepción de la ética pública, que redundará en beneficio de la comunidad toda. En efecto, resulta necesario capacitar e instruir a la población toda, desde las primeras etapas de formación, en materia de ética de los servidores públicos. Ello ayudará a contribuir a la formación de la conciencia popular y a poner el tema en debate, y generan la discusión y el intercambio de ideas, y fortalecen la implementación de mecanismos de participación ciudadana.

Como se ha indicado *ut supra*, la capacitación resulta elemental para lograr la efectividad de las normas y principios analizados en el presente trabajo, así como para afianzar las conductas éticas. En este sentido, se debe educar, compartiéndose lo expresado por Gaby Ledesma:

Educar, y aquí viene un tema difícil. Educar para que entendamos que el Estado somos todos, nosotros y cada uno. La crisis de este concepto es bien palpable. Si no, piensen; imaginen a alguien que ha cometido un acto de corrupción que Uds. conozcan. Ahora imagínense a esa persona metiéndoles la mano en el bolsillo: no se lo imaginarían, porque eso es robar, y esa persona no roba. Pero sí le roba al Estado, porque el Estado no es nadie, no tiene personalidad, entonces eso, para esa persona, no es robar.<sup>34</sup>

De esta forma, la capacitación resulta de imprescindible implementación; se debe advertir en los programas de formación sobre ética pública, acerca del flagelo de la corrupción, y brindar herramientas para que tanto los servidores públicos como la población sean conscientes del alcance de la configuración de figuras tales como el nepotismo o el favoritismo para retribuir una ayuda brindada o a otorgarse en el futuro, entre otras múltiples acciones que de configurarse afectan la integridad del obrar público.

Por último, se señala la trascendencia de reforzar los mecanismos de control, de los que muchas veces la administración pública pretende escapar. Sería necesario reforzar las instituciones con competencia en la materia, a efectos de lograr instancias de prevención y detección confeccionadas con base en experiencias comunes. De esta forma, se comparte la propuesta formulada por Robert Klitgaard con relación a la posibilidad de implemen-

<sup>33</sup> Ledesma, Gaby, “Pautas para detectar la corrupción en el sector público”, en *Control de prácticas abusivas en el nuevo milenio*, Konrad Adenauer, p. 65.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 70.

tar en la materia, un sistema similar al que utilizan los embajadores norteamericanos, denominado “It worked for me”, donde se recogen por escrito experiencias por parte de quienes desempeñan el cargo de embajador, proporcionándole dichas experiencias a quienes los suceden en el cargo. Compartir experiencias es una buena fuente de conocimiento, que se debe ver reforzada con una aplicación del derecho administrativo como garante de la ética pública y de la noción de servicio que debe rodear la tarea del capital humano del Estado, con controles efectivos que permitan determinar que se cumplen los postulados esenciales en la materia.

En este sentido, es menester recordar las Recomendaciones efectuadas en la XVIII Asamblea General OLACEFS,<sup>35</sup> en donde, a raíz del estudio de las modalidades de asociación entre entidades públicas y privadas y su relación con el control, se sostuvo que

no se trata de lograr alcanzar la eficacia, eliminando controles, suprimiendo los mecanismos de contratación administrativa, aplicando la regla de la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado, en fin, si se produce lo que se ha dado en llamar el proceso de desadministrativización, es preferible seguir con la ineficacia, porque la ausencia de controles supone inexistencia de controles y de allí a la corrupción hay un solo paso.

El prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción es una tarea de todos. Ha llegado el momento de tomar conciencia de la necesidad de asumir un rol protagónico en la materia, siendo que nuestro accionar diario como integrantes de la sociedad debe procurar el efectivo cumplimiento de los principios que rigen el obrar público, con el mayor alcance posible que podamos darle a la temática de referencia, desde el puesto que cada uno ocupa en el colectivo social, ya sea dentro o fuera de la maquinaria administrativa.

---

<sup>35</sup> La Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) es un organismo autónomo, independiente y apolítico, y fue creado como una organización permanente que se encarga de cumplir funciones de investigación científica especializada y desarrollar tareas de estudio, capacitación, especialización, asesoría y asistencia técnica, formación y coordinación al servicio de sus miembros. La XVIII Asamblea General de OLACEFS, celebrada en Bogotá, Colombia, en octubre de 2008, se abocó al estudio del tema “El control de las entidades fiscalizadoras superiores en relación con las modalidades de asociación entre entidades públicas y privadas”.