



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN**

**ESCUELA DE POLÍTICA Y GOBIERNO**

**MAESTRÍA EN COMPRAS PÚBLICAS**

**PROMOCIÓN 2019**

**OSCAR GILBERTO ÀLVAREZ ARGUETA**

**“VULNERABILIDADES DE CORRUPCIÓN EN EL CONTRATO DE OBRA  
PÚBLICA EN EL SALVADOR”**

**DIRECTOR: SAMI LUDI GIRÓN GONZALEZ**

**BUENOS AIRES, 20 DE AGOSTO DE 2019**



## **AGRADECIMIENTOS**

A las Universidad Nacional de San Martín, gracias por favorecerme con una beca parcial, espero haberles retribuido la confianza en mí depositada. A la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones de la República de El Salvador, gracias por las facilidades otorgadas para el curso de todas las materias y para el desarrollo del presente trabajo de tesis.

A mis hijos Fernando y Valentina, perdón. Todo el tiempo y energía dedicados al presente trabajo, era de ustedes. Les prometo compensárselos con creces. A Gabriela, mi compañera en mi proyecto de vida, mi esposa, la madre de mis hijos, mi amiga, gracias por siempre creer en mí y por apoyarme de manera incondicional en cada uno de mis emprendimientos.

## Índice

El problema	6
Introducción	14
Antecedentes	25
Estructura del trabajo	30
Capítulo I “Estado y gobierno”	31
1.1. Nociones	33
1.2. Estado y gobierno	33
Capítulo II “Democracia”	38
2.1. Justificación	38
2.2. Concepto	42
Capítulo III “Corrupción”	43
3.1. Corrupción y representación política	43
3.2. Concepto	44
3.3. Relación entre democracia y corrupción	45
3.4. Efectos de la corrupción	46
3.5. Análisis económico de la corrupción	49
3.6. Enfoque institucional de la corrupción	54
3.7. ¿Cómo se combate la corrupción?	58
Capítulo IV “Mecanismos de control democrático”	65
4.1. Accountability	65
4.1.1. Accountability vertical	66
4.1.2. Accountability horizontal	66
4.1.2. Accountability social	66
4.2. Recapitulando	69
Capítulo V “Sistema Nacional de Adquisiciones”	77

5.1. Justificación de las Compras Públicas	77
5.2. Sistema Nacional de Adquisiciones	79
5.2.1. Marco normativo	79
5.2.2. Instituciones que lo reglamentan y supervisan	80
5.2.3. Entidades operativas	81
5.2.4. El mercado	81
5.2.5. Beneficiarios	81
5.3. Atributos del Sistema Nacional de Adquisiciones	83
5.4. Percepción ciudadana sobre la corrupción en El Salvador	86
Capítulo VI “Contratación de obra pública en El Salvador”	89
6.1. Programa de obra pública	89
6.2. Clasificación de los bienes	90
6.3. Concepto de obra pública	92
6.4. Contrato de obra pública	94
6.4.1. Marco legal	94
6.4.1.1. Remisión normativa	97
6.4.1.1. Remisión normativa en las compras públicas	101
6.4.2. Concepto legal de contrato de obra pública	103
Capítulo VII “Los procedimientos de Contratación”	106
7.1. El procedimiento administrativo	106
7.1.1. Funciones del procedimiento administrativo	109
7.2. Procedimientos administrativos de compras públicas	110
7.2.1. Licitación pública	111
7.2.2. Libre gestión	111
7.2.3. Contratación directa	111
Capítulo VIII “Detección de vulnerabilidades de corrupción en la licitación pública”	117



8.1. Fase de planificación	119
8.1.1. Consolidado de vulnerabilidades	128
8.1.2. Expediente de la fase de planificación	128
8.2. Fase de preparación	129
8.2.1. Consolidado de vulnerabilidades	161
8.3. Fase de selección	162
8.3.1. Consolidado de vulnerabilidades	177
8.3.2. Expediente de las fases de preparación y selección	177
8.4. Fase de ejecución	178
8.4.1. Consolidado de vulnerabilidades	188
8.4.2. Expediente fase de ejecución	188
8.5. Incidentes	189
Capítulo IX “Conclusiones y recomendaciones”	193
Bibliografía	200

## EL PROBLEMA

Carlos es un joven centroamericano que nació y creció lejos del escaso desarrollo económico de la capital, a sus veinticinco años es padre de tres hijos y junto a su familia, habita en un terreno del cual nadie tiene “papeles”, pero en apariencia pertenece a la familia de su también joven, compañera de vida. Como es costumbre en su pueblo, el padre de su esposa le cedió una porción de terreno, en la que con sus propias manos, ha construido una humilde vivienda. No hay lujos pero al menos cuenta con una conexión –irregular- al tendido eléctrico y con un pozo de agua potable. A su familia política no le molesta compartir, pero el es un hombre orgulloso y sueña con ejercer su dentro de su sociedad patriarcal, es decir “el proveedor”

Como muchos de sus amigos, sus padres lo dejaron todo por seguir el sueño americano, dejándolo bajo el cuidado de su abuela. Al principio llegaron las remesas, pero a medida pasaban los años, los envíos fueron reduciéndose mientras que en proporción inversa, su manutención cada día se volvió más cara. Aproximadamente a los doce años, se vio obligado a abandonar la escuela, para buscar una fuente de ingresos y ayudar a su abuela. Con suerte y en contra de las estadísticas -a diferencia de la mayoría de sus amigos-, se mantuvo al margen de las “pandillas callejeras” y desde su temprana adolescencia, trabaja en una hacienda ganadera, en donde por USD \$ 7 diarios, labora jornadas de 12 horas, de lunes a sábado. Entre extenuantes jornadas, sueldo pequeño y bajo el asedio de pandilleros –otrora amigos de infancia-, Carlos es ahora padre de 3...

Siempre se ha enorgullecido de ser una persona trabajadora y honrada, y a pesar de no contar con instrucción académica, es un tipo inteligente y sabe que la educación es el camino para romper el ciclo de la pobreza. A sus escasos 25 años, es consciente que para él ya es tarde, así que sueña con proporcionar oportunidades de educación a sus hijos. La visión de sus vástagos

estudiando un oficio técnico y *porque no*, ejerciendo una profesión universitaria, es lo que lo impulsa a seguir día a día.

Un día en la hacienda, Carlos escuchó a sus compañeros, decir que Pedro Pérez -su mejor amigo de la infancia- es sobrino del flamante nuevo Alcalde Municipal. «El Alcalde es un personaje que a pesar de carecer de formación, probidad, sensibilidad social y mucho otros atributos deseables, luego de una vistosa campaña electoral, ganó los comicios por un amplísimo margen de votos. Un grupo de inversionistas que respaldó al antiguo edil por casi 15 años, percibió que su figura había perdido fuelle -y debido a varios escándalos de corrupción-, era necesario volver a entusiasmar al electorado a través de un candidato carismático, con excelente capacidad discursiva y sobre todo alguien con quien el pueblo pueda sentirse identificado. Paradójicamente, la punta de lanza de la campaña electoral fue el combate a la corrupción, bajo el lema “CERO TOLERANCIA”. A pesar de no contar con una plaza, se dice que *Pedrito* entra y sale cuando quiere de las oficinas comunales y que ejerce mucha influencia dentro del nuevo gobierno municipal».

Entusiasmado con la noticia y esperanzado en “subirse al tren” de su amigo, Carlos se excusa con sus compañeros, diciendo que debe atender algo muy importante y pidiendo que por favor, se lo cuenten al jefe. Lo tiene decidido, tocará a la puerta de Pedro y luego de una conversación casual, sobre historias de niñez, preguntas sobre la familia y el equipo de fútbol local, sutilmente le pedirá ayuda. A unos metros de la fachada de la casa de Pedro, Carlos nota un inusual desorden. Trabajadores entran y salen cargando bolsas de cemento y empujando carretas llenas con arena y ladrillos. Hay vigas de hierro en la cochera y una nube de polvo impide ver el interior de la casa. Ante dicho frenesís, Carlos se sienta en la banqueta de enfrente y espera unos minutos, antes que salga Pedro con el teléfono móvil en la oreja. Al producirse el encuentro, se saludan efusivamente y buscan un lugar tranquilo para ponerse al día. La conversación ha fluido según lo previsto y anticipándose a la petición, Pedro le da una palmada en la espalda a Carlos y

promete ayudarlo desde su nueva posición de poder. En una semana lo atenderá en el despacho del asesor legal del Alcalde. Después de unos meses con “poder” Pedro hace bien al presumir que 9 de cada 10 visitas sociales, terminan con la petición de favores o en la proposición de un “negocio”.

Lleno de ilusión, regresa a su trabajo y finaliza una nueva jornada, en la que se le descontarán de su salario, las horas que tomó para su reunión, no sin antes recibir estruendosos vilipendios por parte de su jefe, quien tiene plenos poderes del dueño de la hacienda, para hacer lo necesario para mantener sumiso al personal. Un poco cabizbajo y con sabor a sangre en la boca, después de morderse la lengua durante 10 minutos de regaños, Carlos se dirige a casa para compartir la noticia con su esposa, quien sin dejar de preparar la cena y con su hijo más pequeño en brazos, con un timbre de voz que denota una mezcla de felicidad y preocupación, le advierte que tenga cuidado, ya que nadie hace favores ni regala nada. Carlos es consciente del peligro, pero también sabe que desde su posición actual, difícilmente cumplirá el sueño de dar oportunidades de desarrollo a sus hijos. Está decidido, acudirá a la cita.

Minutos antes de la reunión, espera sentado, juega con su teléfono hasta vaciar por completo la carga de batería. La asistente del despacho le ofrece una bebida, pero él tímidamente la rechaza, ¡se siente muy nervioso! Al llegar la hora, se le invita a pasar adelante y tomar asiento. Es recibido por una mujer delgada, de pelo cano, anteojos gruesos y semblante serio. Se presenta como la jefa de recursos humanos y sin mediar muchas palabras, le indica que debe firmar un contrato, informándole que será el delegado de infraestructura municipal, que su horario de trabajo es de 8 a.m. a 4 p.m. y que devengará un salario mensual de US \$800.00 y -con la confianza de quien sabe que no será rechazado- cierra su intervención indicando que comienza el próximo lunes. Atónito por el ofrecimiento, con la mano temblorosa, Carlos comienza a gesticular con sus dedos una aparente operación matemática. Analiza que actualmente trabaja 72 horas semanales por las que recibe una paga de USD \$50.00 y que se le está ofreciendo USD

\$200.00 por 40 horas a la semana. *Carlos, ¿todo bien?* le increpó la señora, sí excelente ¿Dónde debo firmar? Camino a casa, recordó la advertencia de su esposa y sintió un poco de ansiedad, pero no era un día para la tristeza, ya que había dado el primer paso para salir del círculo de la pobreza, dentro del cual las 10 generaciones que le preceden, lo tenían confinado.

Lunes en la mañana, ya en su nuevo puesto y sin recibir ningún un tutorial sobre sus funciones, ya ha recibido 12 memorandos internos y 4 llamadas telefónicas de personas que se identificaron como “amigos del Alcalde”. Como buena oficina de gobierno, el 95% del personal se retira a la hora exacta en que finaliza la jornada. A las 5:00 de la tarde, ya con el ambiente calmado, Pedro toca a su puerta, preguntándole sobre su día -y sin dejarlo responder-, se jacta de cuidar de los suyos, advirtiéndole que ahora era del equipo del Alcalde y que deben cuidarle las espaldas al jefe. Carlos le confiesa no sentirse apto para el cargo, ya que lo poco que conoce de infraestructura, lo aprendió de forma empírica en la hacienda. Jamás ha recibido una capacitación formal ¡ni mucho menos ha puesto un pie dentro de un aula universitaria! Pedro le responde que no debe preocuparse, ya que en el gobierno nadie llega aprendido y con el tiempo adquirirá los conocimientos necesarios. Por el momento le invita a ser muy discreto y a colaborar siempre con el Alcalde. Al día siguiente, se le invita a preparar el presupuesto de su unidad para el próximo año. El asesor del despacho, le hace saber que debe presupuestar 5 puentes por US \$200,000.00 cada uno. Más adelante se le haría saber el lugar y se le entregaría la carpeta técnica de cada proyecto. Trabajaría con el jefe de compras, el hombre fuerte del Alcalde.

\*\*\*

Luego de largas semanas de negociación, el Concejo Municipal, integrado por representantes de 4 partidos políticos, autorizó para la unidad de Carlos, un presupuesto de 1.2 millones de dólares, el cual incluye el diseño y la construcción de tres puentes por \$250,000.00 cada uno y un mercado municipal por \$450,000.00. Por su parte, ya con seis meses en el puesto, Carlos ha contabilizado 45 puntos en los cuales es necesaria la construcción de pequeños puentes y ha detectado diez

comunidades que en invierno quedan incomunicadas por las crecidas de los ríos. Entusiasmado y con ánimos de servir a su gente, solicita el auxilio de algunos compañeros más experimentados, quienes *-bajo condición de anonimato-* se lo brindan y en conjunto preparan 10 carpetas técnicas, correspondientes a nueve puentes que favorecerán a 150,000 habitantes, por una inversión global de \$700,000.00 y un mercado por \$200,000.00, en el que podrán vender los agricultores locales. Ingenuo y desconocedor de cómo funciona el sector público, espera que la propuesta haga feliz al Alcalde. ¿Por qué no sería bien recibida, si ha mejorado un programa de tres puentes y un mercado por 1.2 millones de dólares, proponiendo nueve puentes y un mercado por novecientos mil dólares? Carlos deja un memorando y la respectiva documentación de respaldo en el despacho del Alcalde, mientras la secretaria lo despide avisándole que pronto obtendrá una respuesta.

A la mañana siguiente fue increpado por su amigo Pedro, quien con el semblante serio le preguntó acerca de los documentos que llevó al despacho. Puntualmente quería saber *de dónde* la había sacado su propuesta y si *había hablado* con alguien acerca de la misma. De manera natural y espontánea, Carlos responde que simplemente quiere ayudar a las comunidades y ganar *puntos* con el jefe. Al escuchar esa respuesta, Pedro relajó el ceño y el timbre y le aconsejó a su amigo que deje de darle vueltas al asunto, ya que la alta dirección cuenta con suficientes asesores y si en un futuro, tenía otra “gran idea”, debía acudir a él primero, nunca al Alcalde. Se despide devolviéndole su propuesta y entregando un documento en el que se detallan los cuatro proyectos a ejecutar, con el detalle de plazos, recursos, presupuestos y planos.

Carlos envía un requerimiento al oficial de adquisiciones, quien, en un plazo sospechosamente corto, elabora los pliegos de contratación, los cuales tienen una apariencia de legalidad, ya que detallan claramente los alcances de los trabajos, así como los requisitos de participación y el sistema de evaluación de ofertas. El día de la presentación de ofertas, acuden 3 empresas -todas de la capital-, las ofertas económicas son de 1.4 millones, 1.1 y 1.3 millones de dólares, se levanta

y se firma el acta de apertura de sobres y se suscribe un pacto de integridad. El Comité Evaluador estaba integrado por personas calificadas y después de una evaluación transparente y “apegada a Ley” se recomienda la adjudicación a favor de la empresa cuya propuesta económica era la más baja.

Una vez adjudicadas las obras, los compañeros más experimentados de Carlos, le recomendaron contratar supervisores externos, cuya única función sea el monitoreo los trabajos de infraestructura. Obediente a la última instrucción recibida, respetó el canal de comunicación y planteó a Pedro la necesidad de contratar supervisores externos. Entre risas y con expresión sarcástica, le responde que debe despreocuparse, recordándole que el Alcalde es un hombre austero e informándole que personal de planta de la institución, será el encargado de supervisar los trabajos. ¡Para que contratar firmas supervisoras si en la institución hay gente capaz!

Luego de firmados los contratos y rendidas las respectivas garantías, la empresa contratista hace llegar un escrito en el que invocando “*causas imprevistas*”, solicita un ajuste a los precios de los 4 contratos, los cuales vía arreglo directo -y previa fundamentación por peritos en infraestructura y abogados- son validados por los personeros de la Alcaldía y el precio global de los contratos pasa a ser de 1.1 a 1.8 millones de Dólares (mayor que la oferta más cara en la licitación).

Con el precio ya “ajustado” las obras fueron entregadas y pagadas según calendario. Los tres puentes se encuentran listos para ser inaugurados y el supervisor interno, tiene dudas en cuanto a la calidad de los trabajos del techo del mercado municipal y aun no suscribe el acta de recepción definitiva de los trabajos, lo cual comienza a generar malestar a la empresa contratista. A los pocos días del último desencuentro con la empresa, un asesor del despacho instruye al supervisor que de por recibida la obra, ya que se aproxima la época de la campaña y al Alcalde le urge inaugurar su obra insignia. Dicha instrucción es cerrada con la advertencia *¿no querrás enfadar al jefe verdad?*

\*\*\*

El territorio del municipio está situado sobre una falla geológica y en intervalos de aproximadamente quince años, suelen producirse terremotos. Como era previsible, dicha situación fue ignorada por el personal involucrado en las obras y doce meses después de la pompa, del glamur, de los tragos y de las fotos, un fuerte sismo inutilizó la estructura de los tres puentes y botó el techo del mercado municipal, dejando un saldo de 50 personas lesionadas, 22 fallecidos y millones de dólares en pérdidas.

Probablemente, dentro de los procesos de investigación, las pruebas que utilizará la Fiscalía - porqué las demás serán ignoradas- apuntarán a Carlos, al jefe de compras y otros mandos medios, quienes serán los únicos en sufrir una consecuencia jurídica. Si los empresarios tienen suficiente influencia y el grupo político involucrado es afín a los medios de comunicación masiva, se exaltará la culpabilidad de Carlos, se involucrarán más servidores de mando medio y se trabajará en una refinada estrategia comunicacional, para construir una percepción ciudadana de justicia.

Sin eximir de responsabilidad a Carlos, lo más preocupante es que permanecerá una estructura delictiva conformada por empresarios, políticos y funcionarios de alto nivel, que dados los enormes portillos que contiene un sistema de adquisiciones vulnerable y propenso a la corrupción, refinarán sus modus operandi y seguirán enriqueciéndose a costa del interés público o peor aún, en la “natural” dinámica de alternancia de las democracias tropicales, serán reemplazados por otras facciones políticas y económicas que se aprovecharán de las falencias del sistema para promover sus agendas particulares.

\*\*\*

Ya sea porque las contralorías institucionales no cuentan con la destreza técnica necesaria para combatir la corrupción en la contratación de obra pública o que las mismas se encuentran al servicio de *grupos*, si la sociedad civil contase con una guía para detectar las oportunidades de

corrupción que existieron a lo largo del proyecto de construcción del mercado municipal, seguramente se ejercería una mayor y mejor contraloría ciudadana -y al saberse observados- tanto los funcionarios involucrados en la ejecución del proyecto, como los encargados de su control, tendrían un poderoso aliciente para cumplir con sus atribuciones legales. Si se las investigaciones, se concluye con que los procedimientos legales de contratación fueron cumplidos y aun así hubo corrupción, surgirá la moción -ciudadana o política- de reformar leyes y un “*mapa de riesgos*” servirá como punto de partida.

## INTRODUCCIÓN

El combate a la corrupción, suele aparecer cuando el problema es muy notorio y por lo general, se enfoca en la implementación de medidas superficiales -que atacan efectos y no causas-, por lo que no trascienden ni permean a nivel estructural, ahí donde se encuentran las verdaderas raíces del problema. Esta forma trivial de abordar la situación, permite que el germen de la corrupción quede intacto y es cuestión de tiempo para que el problema vuelva a brotar. Para comprender mejor el fenómeno, puede concebirse a las manos como el órgano visible del Estado y a la corrupción como la suciedad de la que se impregna al interactuar con el sector privado y con otros órganos. Cuando una de las manos se encuentra notoriamente sucia, viene la otra -que incluso puede estar más contaminada- y la “limpia” con un paño humedecido en agua, que en apariencia la deja higieniza. Sin embargo si se cuenta con la herramienta adecuada, puede apreciarse que la mano sigue sucia y será cuestión de tiempo para que le mugre, vuelva a ser visible y el ciclo se repita.

**Gráfico 1: Ciclo del “combate” a la corrupción**



La presente investigación puede dotar a los interesados en el tema, de herramientas anticorrupción. Al identificar vulnerabilidades, pueden introducirse mecanismos que reduzcan los factores de riesgo o bien, puede servir para que las agencias de control institucional o las contralorías sociales, focalicen sus investigaciones, mejorando la eficiencia y efectividad de las mismas. Retomando la alegoría de las manos, si el investigador cuenta con lentes adecuados, podrá ver lo que a simple vista no se ve.

\*\*\*

Desde hace algunos años, la escena mediática global y principalmente en Latinoamérica, ha sido copada por escándalos de corrupción dentro de distintas esferas de la administración pública, donde han desfilado funcionarios y ex funcionarios de distintas ideologías y corrientes políticas. La tónica ha sido el cruce de acusaciones de todo tipo. Los que quieren llegar al poder, acusan de corruptos a quienes se encuentran en él. Una vez llegan al poder, acceden a información y recursos para acusar de manera formal a sus antecesores con la clara intención política de debilitar a la oposición y mantenerse en el poder. Por otro lado, quienes perdieron el poder, buscan recuperarlo bajo la bandera del combate a la corrupción -que nunca combatieron cuando fueron gobierno- y así sucesivamente. Esta es la triste dinámica de la agenda anticorrupción que promueven los políticos. Planteado de una manera más clara, el tema del combate a la corrupción, ha sido más una herramienta para hacer política electorera que una política de Estado. Dicha dinámica se ha convertido en un ciclo pernicioso, cuyo único legado positivo, - lejos de combatir el problema- es que la estridencia de tales escándalos, tiene el poder de sensibilizar a la ciudadanía sobre la magnitud del problema y a partir de ahí generar verdaderos cambios a la forma tradicional de hacer política y de abordar el combate del eterno flagelo de la corrupción.

Indudablemente la corrupción es un problema arraigado -en mayor o menor medida- en todos los sistemas políticos y entidades gubernamentales y su atención, es un deber y una necesidad

que debe ser atendida por *todos los actores sociales*, ya que todos sufrimos -aun sin darnos cuenta- de las consecuencias de la misma. Como se expondrá a lo largo de la investigación, se trata de una patología que tiene múltiples y nefastas consecuencias en la vida de un país y que si se le permite, puede permear hasta los lugares más recónditos de la actividad política y gubernamental. Para fines ilustrativos y forzando un poco el uso metafórico del lenguaje médico, la corrupción es un cáncer que invade a los Estados, el cual -al igual que la enfermedad-, puede desarrollarse en distintas partes del cuerpo y dependiendo de las defensas del paciente, podrá o no extenderse a lo largo del organismo, llegando incluso a comprometer el funcionamiento de todo el cuerpo y la vida misma. Así como cada tipo de cáncer tiene su propio tratamiento y especialidad médica, la enfermedad de la corrupción, requiere de recetas diseñadas a la medida de las necesidades del área de la administración pública afectada. El tratamiento de la corrupción en la administración de aduanas, no requiere el mismo tratamiento que la corrupción en el sistema de administración de justicia.

El adoptar buenas prácticas internacionales, tales como las derivadas de los compromisos adquiridos por los Estados suscriptores de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, es un buen mensaje para la ciudadanía y para la comunidad internacional; sin embargo se trata de medidas demasiado generales, de tipo “talla única”, las cuales deben complementarse y/o ajustarse con soluciones sectoriales, concebidas, desarrolladas e implementadas según las características y necesidades de cada sector en cada país. Existen tantos sectores vulnerables a la corrupción, como actividades tiene a su cargo el Estado.

Cada sector se compone, de distintos subsectores, organismos y procedimientos. Por ejemplo en El Salvador, el sector de Salud Pública incluye a las instituciones: *Ministerio de Salud Pública (MINSAL)*, *Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS)*, *Instituto Salvadoreño de*

*Rehabilitación a los Inválidos (ISRI), Sanidad Militar, Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial (ISBM) y Fondo Solidario para la Salud (FOSALUD).*

El ISSS y el MINSAL cubren a la mayor parte de la población salvadoreña. El ISSS es una entidad autónoma y tiene como fin la seguridad social de los trabajadores del sector formal de la economía, mientras que el MINSAL, además de ofrecer servicios de salud a la población sin seguridad social, es el ente regulador del sector. El ISRI es una institución autónoma cuya finalidad es la provisión de servicios especializados de rehabilitación a personas con discapacidad. Sanidad Militar ofrece protección social en salud a las fuerzas armadas. El ISBM es una entidad oficial autónoma que cubre a la población docente y sus familias. Finalmente FOSALUD, es una entidad de derecho público que cuenta con plena autonomía tanto en lo financiero como en lo administrativo y presupuestario, adscrita al MINSAL. Esta instancia tiene como objetivos: *propiciar la creación de programas especiales para ampliar la cobertura de los servicios de salud; formular y ejecutar programas integrales que atiendan las necesidades básicas de salud de la población más vulnerable del país, y fomentar campañas de educación para la salud.*<sup>1</sup>

Como puede apreciarse dentro del sector SALUD, cada institución tiene su propia finalidad, régimen legal, estructura orgánica, fuente de financiamiento y productos que entregar a la ciudadanía en sus cadenas de valor, por tanto sus políticas públicas, programas y procedimientos son distintos. En dicho orden de ideas, cada entidad puede ser vulnerable en distintas esferas de su accionar. Así mientras el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por su autonomía financiera y administrativa, puede ser sensiblemente vulnerable en cuanto a su régimen de gestión del recurso humano y de captación de las aportaciones económicas realizadas por patronos y trabajadores, el Ministerio de Salud, puede serlo en la cadena de suministro de medicamentos,

---

<sup>1</sup> Revista Salud Publica Mex 2011;53 supl 2:S188-S196. Artículo de Revisión, Sistema de Salud de El Salvador, Mónica Acosta, L en CP, María del Rocío Sáenz, MC, Blanca Gutiérrez, M en A.

ya que en la misma, pueden intervenir demasiadas personas y pasos que no le suman valor al producto y que -sin los debidos controles- constituyen eslabones burocráticos en alto riesgo de corrupción.

Si en dos instituciones íntimamente relacionadas que pertenecen a un mismo sistema nacional, puede verificarse que las vulnerabilidades son *marcadamente distintas*, el contraste será mucho más evidente respecto a otras carteras de Estado como Obras Públicas, Administración de Justicia, Seguridad Pública o incluso dentro de las empresas públicas. Mención especial merecen los gobiernos locales<sup>2</sup>, los cuales cuentan con un exorbitante grado de autonomía y -en un país geográficamente tan pequeño como El Salvador-, constituyen 262 núcleos de poder, altamente vulnerables a la corrupción en todas sus manifestaciones.

**Gráfico 2: Resultados de la aplicación de medidas tipo “talla única”**



Según el pacto social, bajo el cual se desarrolla la vida en la mayoría de naciones, el Estado es el responsable de satisfacer necesidades colectivamente deseables para los habitantes de la nación. Para ello, el sistema político delimita las competencias y órganos a través de los cuales

---

<sup>2</sup> “Los Municipios serán autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo”, Art. 203, Constitución de la República de El Salvador.

dichas necesidades deben ser provistas. Como toda entidad moral o jurídica<sup>3</sup>, el Estado actúa a través de personas físicas a quienes en el presente trabajo, denominaremos “servidores públicos”. Para una atención efectiva de las necesidades, los servidores públicos diseñan y ejecutan políticas públicas<sup>4</sup>, necesitando en la mayoría de los casos acudir a los mercados privados de bienes y servicios, para realizar las adquisiciones y contrataciones necesarias para la implementación de las mismas. Cuando la Cartera de Salud quiere prevenir una pandemia, acude al mercado farmacéutico a comprar vacunas. Cuando la Cartera de Educación quiere implementar programas sociales y brindar desayunos diarios en las escuelas públicas, debe acudir al mercado de alimentos. Cuando la cartera de Obras Públicas necesita construir una carretera, acude al mercado de la construcción. Esa actividad estatal de acudir a los mercados privados para la ejecución de políticas y programas, en adelante se denominará “compras públicas”.

Independientemente del modelo económico y político adoptado por una nación, todos los gobiernos dependen -en distinta medida-, de los mercados privados para el desarrollo de sus políticas públicas. Visto desde otra perspectiva, los Estados suelen ser los mayores compradores en sus respectivas economías, lo cual implica un alto volumen -en montos y cantidad- de transacciones económicas. En *términos cuantitativos*, las compras públicas representan proporciones considerables del Producto Interno Bruto. En América Latina, representan cantidades que oscilan entre el 7 y el 21% del PIB. En *términos cualitativos* una buena compra pública aumenta el valor de los productos de las políticas públicas y a contrario sensu, una mala compra disminuye el valor de los mismos, e impacta en la calidad de vida de la ciudadanía.

---

<sup>3</sup> El derecho civil, reconoce dos tipos de personas: naturales o físicas y morales o jurídicas. Al primer género pertenecen todos los individuos de la especie humana; mientras que el segundo, lo conforman entidades ficticias, construidas para actuar jurídicamente a través de sus representantes (personas naturales). En este género se encuentran las sociedades mercantiles, asociaciones de personas, partidos políticos, iglesias, Estado. Etc.

<sup>4</sup> Política pública es un curso de acción o de inacción gubernamental, en respuesta a problemas públicos: «Las políticas públicas] reflejan no sólo los valores más importantes de una sociedad, sino que también el conflicto entre valores. (Kraft y Furlong, 2006).

A pesar que de manera histórica, en América Latina la importancia de las compras públicas ha sido infravalorada, su transversalidad a todo el accionar gubernamental, así como su relación directa con la calidad y cantidad de servicios y bienes públicos que el Estado provee a sus habitantes, ponen de manifiesto su relevancia y a la vez, la necesidad de vigilar dicha actividad estratégica del Estado, para evitar que -entre otros vicios- la corrupción siga drenando al erario público en perjuicio de toda la colectividad, principalmente de los más vulnerables.

Como ya se expuso, las medidas generales contenidas en convenios internacionales, así como las impulsadas por organismos financieros y de ayuda, son insuficientes y por lo tanto requieren ser complementadas con programas anticorrupción hechos a la medida de las necesidades de cada sector de la administración pública. Innegablemente las compras públicas constituyen un universo heterogéneo de actores, regímenes, procesos y tipologías de bienes y servicios, por lo que para mantener la congruencia del planteamiento de un abordaje sectorial y focalizado, se ha seleccionado el sector de la contratación de obra pública en El Salvador.

Los programas de obras públicas, son considerados una herramienta de seguridad contra diversos trastornos que frenan el desarrollo de los países, tales como la vulnerabilidad ante la pobreza y el incremento de la mano de obra de los trabajadores de la industria de la construcción, por lo que el objeto primario de los programas consiste en proveer de una fuente de ingreso a través de la instrumentación de proyectos temporales de empleo, que para promover el gasto se complementan a largo plazo con programas de desarrollo de infraestructura y capacitación.<sup>5</sup> Además de la importancia estratégica de las obras públicas en los planes de desarrollo de mediano y largo plazo, en términos fiscales, constituyen los contratos que representan mayores erogaciones estatales y en el caso de los países en vía de desarrollo, suelen requerir de financiamiento externo.

---

<sup>5</sup> Clase 2, Contrato de Obra Pública, Maestría en Compras Públicas, Universidad San Martín, profesor Javier Dávila.

Actualmente El Salvador se encuentra en una delicada situación fiscal<sup>6</sup>, lo que obliga a que administración pública -entre otras medidas- aumente los niveles de recaudación tributaria, re negocie la deuda externa y sea más eficiente en la ejecución presupuestaria. Con respecto a este último punto, para alcanzar mayores niveles de eficiencia en la ejecución de programas de obra pública, es menester analizar el Sistema Nacional de Adquisiciones a través de la detección y eliminación de fugas de recursos -que por diversas razones- se pierden a lo largo del ciclo de contratación. Sin soslayar el impacto de otras causas que merman los niveles de eficiencia en la ejecución presupuestaria (burocracia, incapacidad de los servidores etc.), para efectos del presente trabajo, interesan únicamente las fugas de recursos ocasionadas por corrupción.

\*\*\*

El trabajo se iniciará con una breve reseña de antecedentes a la investigación, citando autores que constituyen una referencia obligatoria para abordar el problema. Se continuará con una sucinta exposición de nociones básicas sobre el Estado y las formas de gobierno. Se estudiará brevemente la democracia como forma de gobierno, exponiendo su conceptualización, su justificación y sus déficits. Con lo anterior se pretende sentar las bases necesarias para comprender -y en consecuencia- realizar un abordaje acertado sobre la corrupción, ya que los conceptos de democracia y corrupción, se encuentran vinculados a través de una relación dialéctica<sup>7</sup>, de tal suerte que si bien la corrupción es un fenómeno indeseable dentro de un sistema democrático, el surgimiento, estudio y combate de la misma, es positivo -e incluso necesario- para el fortalecimiento de la democracia. Puede sostenerse entonces que el conocimiento y comprensión de la democracia es requisito *sine qua non* para el conocimiento y comprensión de la corrupción y este último conocimiento es requisito *sine qua non* para el fortalecimiento de la democracia.

---

<sup>6</sup> Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales, 2015. El nivel de endeudamiento es del 55.4% del PIB.

<sup>7</sup> Friedrich Engels, Anti-Dühring, Siglo XIII. Dialéctica. Negación de la negación.

Al comprender la justificación y el valor de la democracia, se analizarán sus dos principales déficits: *representación* y *unanimidad*, ahondándose únicamente sobre la representación, la cual será equiparada a un contrato de agencia o de mandato, en el que el *ciudadano* (principal/mandante) otorga al *funcionario* (agente/mandatario) *una misión* (satisfacer un interés colectivo), dotándolo para ello de *herramientas* (administración pública). Posteriormente se analizarán los mecanismos mediante los cuales se otorga dicho contrato de representación, realizando un breve abordaje de las elecciones de primer, segundo y tercer grado, entendiéndolas como un proceso jurídico-político de *legitimación democrática* de quienes ostentan un cargo gubernamental y en consecuencia ejercen *poder público* sobre los demás.

Luego de construir un marco conceptual sobre Estado, Gobierno y Democracia, se analizará el concepto de rendición de cuentas o “accountability”, como herramienta complementaria al sistema de legitimación democrática del gobierno representativo. Se establecerá la función instrumental de la *accountability* como mecanismo de control democrático para que los ciudadanos supervisen, presionen o incluso castiguen a los gobernantes que no ejerzan una representación fiel a los intereses de sus representados. Se enunciarán las fortalezas y debilidades de cada tipo de *accountability*, resaltando la importancia de la participación ciudadana en cada una de ellas.

Posteriormente, se construirá un concepto de corrupción y se expondrán someramente sus causas y consecuencias. A pesar de que la corrupción es un problema abordable desde distintas percepciones, por cuestiones pragmáticas y de afinidad metodológica, se utilizará la teoría económica y el abordaje institucional de la corrupción, bajo la inspiración de las obras de James Buchanan y Susan Rose Ackerman<sup>8</sup>. Adoptando también las propuestas de autores como

---

<sup>8</sup> Corrupción y Economía Global. Para desarrollar medidas de lucha operativamente útiles, la autora propone un enfoque institucional, mediante el cual se toman determinados sectores e instituciones de la economía y se analizan concretamente qué oportunidades de corrupción existen y qué incentivos y capacidades de control tienen los actores involucrados.

Edgardo Campos y Sanjay Pradhan o la misma Ackerman, se expondrán las razones de porqué es necesario realizar estudios sectoriales bajo esquemas tipo “hoja de ruta”<sup>9</sup> en los cuales son los especialistas en la materia, quienes exponen las vulnerabilidades particulares de un área problemática y sobre esa base, plantear medidas y herramientas *pragmáticas* y no prosaicas, como suelen ser la mayoría.

Después de hacer una aproximación al concepto de corrupción y de justificar los estudios sectoriales bajo esquema tipo “hoja de ruta” como una medida efectiva para combatir dicho flagelo, se desarrollará también el concepto de Sistema Nacional de Adquisiciones, dimensionando la importancia de las compras públicas dentro de la actividad del Estado. También se describirán las fases del ciclo de compras y se propondrá una estructura dogmática en torno a la cual éste debería funcionar. Dentro del Sistema Nacional de Compras Públicas, se focalizará el estudio de la contratación de obra pública en El Salvador, describiéndose cada una de sus etapas y sub etapas en la principal forma de contratación (licitación pública), así como los actores del sector público y privado que participan en ellas. Para detectar cuales son los eslabones “débiles” o vulnerables a la corrupción en la licitación de construcción de obra pública, se utilizarán los factores que aumentan la posibilidad de corrupción postulados por la experta internacional, Susan Rose Ackerman, los cuales son: *poder de monopolio, amplia discrecionalidad, falta de transparencia en la toma de decisiones y falta de rendición de cuentas*. Dichos factores se convertirán en criterios de identificación de riesgo y el paso, sub etapa o etapa vulnerable, será marcada con una bandera de alerta, que será graduada en una escala de 1-4, según el nivel de vulnerabilidad que represente. Finalmente se consolidarán todas las vulnerabilidades detectadas y se realizarán recomendaciones para reducir aquellas que son más vulnerables, identificadas como **escala 4**.

---

<sup>9</sup> Este enfoque es propuesto por Campos y Prahdam en la publicación del Banco Mundial denominada “Las múltiples caras de la corrupción, aspectos vulnerables por sectores”. Año 2009.

\*\*\*

Es necesario aclarar que esta investigación no persigue la quimera de convertirse en una guía completa y acabada sobre la corrupción en El Salvador, simplemente se propone un enfoque desideologizado y pragmático para el combate a dicho flagelo, que gira en torno -sino a la eliminación-, al menos a la reducción de oportunidades de un sector específico de la actividad gubernamental. Como obra inacabada y bajo la inspiración de Edgardo Campos y Sanjay Pradhan, se aspira a sembrar semillas de interés a partir de cuyos modestos brotes, otros profesionales o entidades nacionales e internacionales interesadas, amplíen el estudio o desarrollen investigaciones sobre otros sectores problemáticos en las compras públicas, tales como el suministro de medicamentos a la Red Nacional de Salud e incluso utilizar los principios acá desarrollados, para el análisis de cualquier otra actividad política o gubernamental.

## ANTECEDENTES

La investigación sobre el flagelo de la corrupción, tiene varias décadas de desarrollo. James Scott (1972)<sup>10</sup>, en su tratado sobre corrupción política, expuso y desarrolló las principales formas de corrupción, de ahí surgieron las categorías de nepotismo, padrinazgo, corrupción burocrática y captura del Estado.

Otros autores continuaron el estudio del fenómeno, logrando alto grado de profundidad respecto a las causas, consecuencias y otras dimensiones del problema. Sin embargo dichos abordajes daban por sentada empíricamente la existencia de un fenómeno del que se carecía de una previa detección, medición y cuantificación. En la década del 90, el Banco Mundial implementó un sistema de medición de gobernabilidad, que abarcaba seis dimensiones: control de la corrupción, estado de derecho, eficacia del gobierno, calidad de la reglamentación, voz y rendición de cuentas, estabilidad política y ausencia de violencia. Dichos indicadores arrojaban un índice que medía la gobernabilidad de los países.

Con este tipo de análisis, los investigadores avanzaron sustancialmente en cuanto a la medición del impacto macro de la corrupción, logrando establecer un fuerte vínculo causal entre la corrupción y crecimiento e inversión privada débiles. Estos estudios han servido para sensibilizar a políticos, empresarios, donantes, prestatarios y a la sociedad civil en general, sobre las nefastas consecuencias de la corrupción y han puesto en evidencia que es necesario conocer a fondo sus causas y desarrollar políticas públicas para combatirla y erradicarla. Esta conciencia aumentada por los estudios, ha puesto el tema sobre la palestra política alrededor del mundo.

---

<sup>10</sup> Comparative Political Corruption, 1972.

Sin poner en duda la importancia de conocer las causas y consecuencias del fenómeno, así como la cuantificación de las mismas; es menester el desarrollo de investigaciones que permitan la implementación de medidas operacionalmente viables para prevenir, detectar y castigar la corrupción. La investigación cuantitativa no ha podido brindar orientación suficiente en esta área, debido a la “falta de tacto” de los indicadores basados en la percepción.

Los primeros trabajos sirvieron para conocer acerca de las múltiples causas, formas y sobre la complejidad del fenómeno de la corrupción en general; la investigación cuantitativa por su parte, ha dimensionado la magnitud del problema, colocándolo sobre la palestra y generando opinión pública e ímpetus reformistas alrededor del mundo. Luego de conocer las causas y consecuencias de un fenómeno, -en este caso una enfermedad-, el siguiente paso lógico es la creación de medidas con factibilidad empírica para erradicarla. ¿Cuáles dependencias de gobierno son más propensas a la corrupción? Dados los recursos limitados, ¿en cuáles dependencias deberían enfocarse las políticas públicas anticorrupción? ¿Cuáles son los incentivos y desincentivos para la corrupción en una dependencia o área problemática? Estas son algunas de las preguntas elementales sobre las cuales legisladores y especialistas buscan respuestas actualmente.

La investigación empírica ha progresado en esta dirección con cuatro metodologías: encuestas sobre el clima para la inversión, encuestas e informes sobre servicios públicos, diagnósticos de gobernabilidad “triangulados” y estudios de seguimiento al gasto público. Los Estudios de seguimiento del gasto público quizá han sido el instrumento de diagnóstico más útil para evaluar la trascendencia de la corrupción. El Banco Mundial (2004)<sup>11</sup>, los conceptualiza así: “Los estudios de seguimiento del gasto público permiten seguir el flujo de fondos públicos y determinar hasta qué punto los recursos llegan de hecho a los grupos destinatarios. Examinan la forma, volumen y cronología de las distribuciones de recursos a los diferentes niveles de

---

<sup>11</sup> Departamento de Evaluación de Operaciones del Banco Mundial, Seguimiento y Evaluación: instrumentos, métodos y enfoques.

gobierno, en particular a las unidades responsables de la prestación de servicios sociales como la salud y la educación. Muchas veces forman parte de encuestas más generales sobre instalaciones y prestación de servicios, en las que se considera sobre todo la calidad de los servicios, las características de las instalaciones, su gestión, las estructuras de incentivos, etc.”, el Banco Mundial resalta su utilidad como instrumento para detección de corrupción; advirtiendo como una de sus desventajas, que requieren de una inversión considerable. Campos y Pradhan<sup>12</sup>, sostienen que “Los estudios de seguimiento del gasto público utilizan datos de gastos reales para un sector específico, con el fin de estimar el alcance con que los fondos, que se determinan y asignan a nivel central durante la elaboración del presupuesto para los prestadores de servicios, llegan realmente a esos prestadores durante la ejecución del mismo. Esos estimados se basan en medidas objetivas: datos de gastos reales, y suministran evidencia cuantitativa del alcance de la fuga de fondos a medida que pasan del centro hasta el proveedor final. Estos estimados ofrecen un vínculo más alto sobre el nivel real de la corrupción en un sector o subsector. Aplicaciones repetidas de este diagnóstico a través del tiempo pueden ofrecer evidencia cuantitativa del impacto de las medidas remediales sobre el alcance de la corrupción.”. En síntesis los estudios de seguimiento del gasto público permiten cuantificar el costo directo de la corrupción. Por ejemplo, si en la elaboración del presupuesto, se programó la compra de 50K computadoras básicas para escuelas públicas, a un costo de USD \$500 cada una, haciendo un total de USD \$25 MILL. En una situación libre de corrupción, el estudio determinaría que se entregaron todas las computadoras a sus destinatarios, invirtiéndose entre USD \$24MILL y \$25MILL. Si en el proceso hubo corrupción, probablemente el estudio arrojará que se entregaron 30K computadoras y se gastó la totalidad de la asignación. Ahora que el estudio de seguimiento del gasto nos reveló la existencia de corrupción ¿Qué hacemos?

---

<sup>12</sup> 2009, Las Múltiples Caras de la Corrupción, Aspectos Vulnerables por Sector.

Las herramientas diagnóstico han arrojado tanta información relevante, que han llevado la problemática a un punto, a partir del cual los encargados de políticas públicas, pueden tomar decisiones más acertadas, respecto a la estratificación de prioridades (áreas problemáticas) y estimar el impacto que las políticas reformistas podrían tener en las áreas seleccionadas. Una vez identificado el problema y sus áreas de mayor incidencia, la tónica solía ser la implementación de medidas generales, cuyos resultados suelen ser modestos y de difícil percepción. Se llegó al punto en que era necesario desarrollar herramientas pragmática, hechas a la medida del área en que se necesita.

En el año 2009, Edgardo Campos y Sanjay Pradhan<sup>13</sup>, pretendieron desarrollar respuestas operacionalmente efectivas a la corrupción sectorial en el área de contratación pública, suministrando mapas prototipo para seguir y abordar los aspectos vulnerables ante la corrupción dentro de dicha actividad gubernamental. Uno de los objetivos que los autores se plantearon, era “abrir la puerta a un área de investigación promisoría que potencialmente puede relacionar aspectos operacionales con el trabajo teórico y empírico sobre la corrupción y, en el proceso, motivar a eruditos y expertos por igual para desarrollar mapas e indicadores más depurados e informativos.” Establecieron como premisa que los procedimientos de contratación tienen una estructura general en la mayoría de países y en base a ello expusieron vulnerabilidades de corrupción comunes en las distintas etapas del proceso adquisitivo, desde su planificación hasta su liquidación.

---

<sup>13</sup> Las Múltiples Caras de la Corrupción, Aspectos Vulnerables por Sectores, publicado por el Banco Mundial en el año 2009.

En el año 2012, Natalia Volosin<sup>14</sup>, realizó un análisis institucional de la corrupción sobre los 32 países que conforman la Red Interamericana de Compras Gubernamentales<sup>15</sup> (RICG), estudiando los mecanismos de control y disposiciones anticorrupción, de transparencia y de participación ciudadana contenidos en el marco normativo de los países de la RICG. Para operativizar el estudio comparativo, estableció dos tipos de indicadores: (i) Indicadores de reducción de oportunidades o preventivos e (ii) Indicadores de control. Los indicadores contienen siete y seis variables respectivamente. Dicho estudio fue una herramienta sumamente útil para conocer el panorama regional, pero necesita ser complementado con trabajos más a nivel de país, para medir la efectividad de los mecanismos de control y disposiciones existentes. En su Curso de Corrupción Transparencia y Compras Públicas en el año 2013<sup>16</sup> y retomando el enfoque de Susan Rose Ackerman<sup>17</sup> y de Campos y Pradhan, la autora planteó que la forma más efectiva para el diseño de mecanismos anticorrupción, es mediante un enfoque institucional, materializado con análisis sectoriales tipo “hoja de ruta”, en el cual se realice una investigación a profundidad de los aspectos vulnerables de un sector o sub sector y en base a ello se recomienden estrategias y medidas específicas, en lugar de recetas generales.

Sobre la ruta concebida por Ackerman, Campos, Pradhan y Volosin, mediante el presente trabajo, se propone la construcción de una herramienta operacional *AD HOC*, para el combate a la corrupción dentro del Sistema Nacional de Adquisiciones de El Salvador, enfocada en el sector de Adquisiciones y Contrataciones Públicas de El Salvador, específicamente en el sub sector de contratos de obra pública.

---

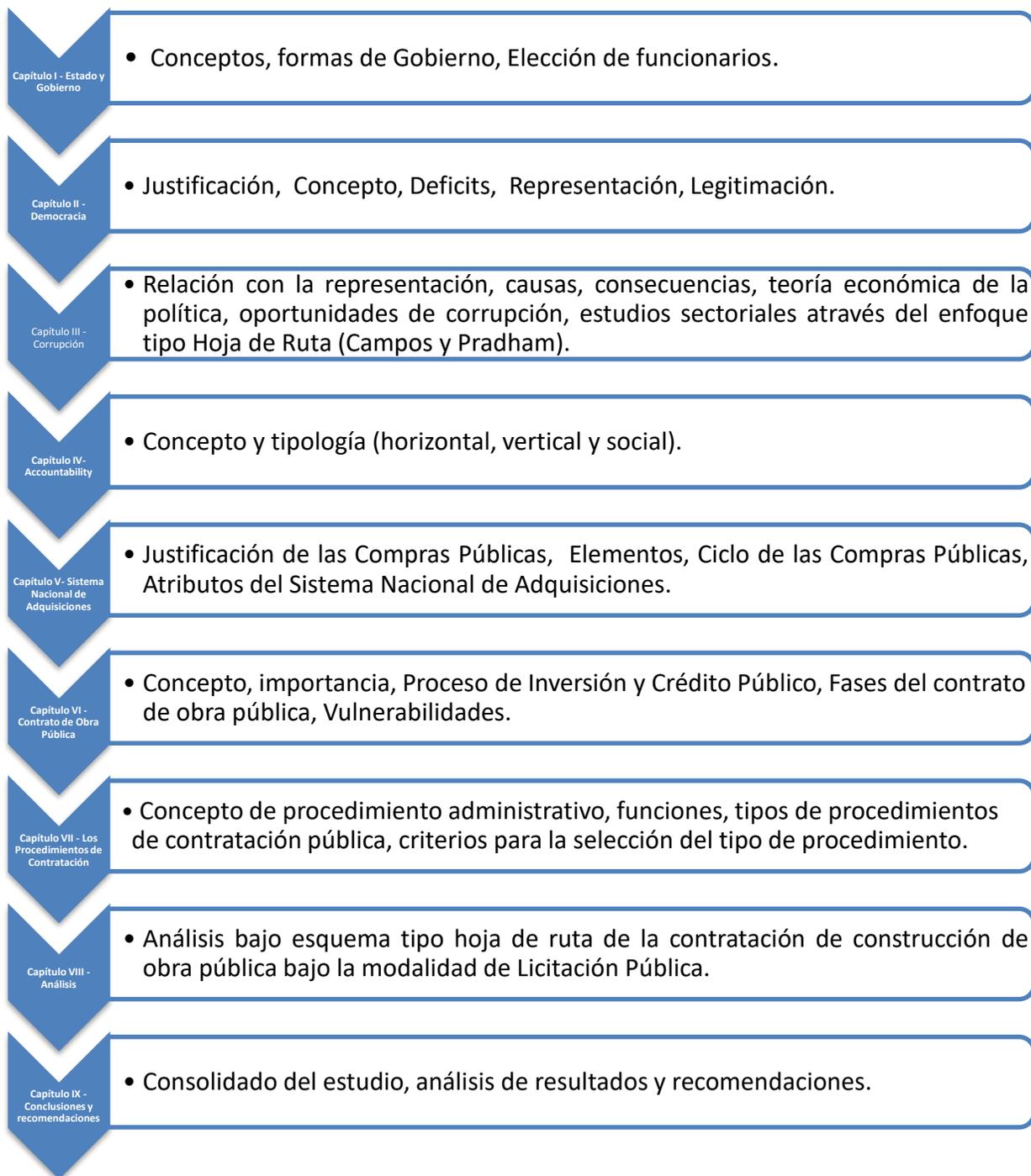
<sup>14</sup> Estudio “Transparencia y anticorrupción en las compras públicas en América Latina y el Caribe”, Buenos Aires, Argentina (2012).

<sup>15</sup> La Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), es una iniciativa de los países de las Américas constituida como un mecanismo de cooperación técnica regional. Para conocer más véase <http://www.ricg.org/>

<sup>16</sup> Programa de Maestría en Compras Públicas de la Universidad Nacional de San Martín y la Universidad Santo Tomás.

<sup>17</sup> Experta internacional en anticorrupción, co directora del centro de estudios de derecho, economía y políticas pública de la Universidad de Yale.

## ESTRUCTURA DEL TRABAJO



## Capítulo I

### Estado y Gobierno

#### 1.1 Nociones

Para Aristóteles, el hombre es un ser social, un animal cívico, un *zôon politikón*, que solo puede desarrollarse, ser feliz y pleno a través de la interacción con sus semejantes. Pero esta sociabilidad natural, implicará otro tipo de asociaciones: la familia (*pikos*), la estirpe (*genios*), la agrupación tribal (*éthnos*) y finalmente la comunidad de ciudadanos (*politiké koinomía*)<sup>18</sup>. Por su parte y en contraposición con el naturalismo del griego, Hobbes sostenía que el hombre no necesita vivir en sociedad, sino que la sociabilidad es una dura y pesada carga, un precio que el hombre tiene que pagar debido a su debilidad. El individuo aislado es frágil y vulnerable, y su fuerza proviene de la asociación. Por eso, el individuo delega parte de sus derechos y libertades, para que el nuevo cuerpo surgido de la asociación, el Estado o Leviatán, le garantice la seguridad. Básicamente, dichos filósofos representan las corrientes que pretenden dar una explicación al porqué de la sociabilidad del ser humano.<sup>19</sup>

Independientemente de la posición que se adopte, es un hecho incontrovertible que desde sus orígenes, el ser humano se ha relacionado entre sí y a lo largo de la historia, ha conformado comunidades más o menos organizadas, sobre la base de relaciones de coordinación y subordinación. En toda época, han existido mayorías sometidas a la autoridad de élites que toman decisiones que afectan a toda la colectividad. En un inicio, la autoridad era adquirida mediante el ejercicio de la fuerza física. Posteriormente, el poder del dominante era legitimado sobre la base de una vinculación metafísica entre las deidades y su linaje. La voluntad del hombre debía someterse a la de los dioses, la cual se manifestaba a través de sus gobernantes. No era extraño

---

<sup>18</sup> Siglo IV, La Política.

<sup>19</sup> Siglo XVII, El Leviatán.

encontrar personeros religiosos de distinta denominación, ejerciendo altos cargos dentro de las estructuras gubernamentales. Cuando la “pacífica” legitimación vía deidad fallaba, siempre quedaban los métodos bélicos. Tal como lo sostuvo Nicolás Maquiavelo<sup>20</sup> en su obra a dedicada a Lorenzo de Medici, el gobernante podía también legitimarse, mediante la imposición autoritaria de la fuerza con o sin violencia.

Puede afirmarse entonces que el miedo -al castigo terrenal o divino -, fueron las formas primitivas de legitimación de las relaciones sociales de subordinación. A pesar que en la época antigua, la mayoría de gobiernos fueron monarquías o imperios, en Atenas surgió tímidamente el germen de lo que hoy conocemos como democracia<sup>21</sup>. Aunque se postuló que el poder reside y se ejerce por el pueblo, solo unas élites eran consideradas pueblo, por lo que en su ejercicio material, la democracia primitiva era básicamente una oligarquía ejercida por elites, cuyo comportamiento político era absolutamente excluyente.

Durante el siglo XVIII, Jacques Rousseau<sup>22</sup>, rompió paradigmas al postular que la legitimidad o ilegitimidad del gobernante, deviene únicamente de la voluntad -expresa o tácita, activa o pasiva- de los gobernados. Una vez instaurado el Estado o celebrado el contrato social, el poder del gobernante quedaría sometido a la Ley, la cual no es más que la materialización institucional de la voluntad soberana del pueblo. Expone que la única forma de gobierno legal será aquella de un Estado republicano, donde **todo el pueblo legisle**<sup>23</sup>. La obra de Rousseau, fue una de las bases ideológicas de la revolución francesa y de su consigna “Libertad, igualdad, fraternidad” (en francés *Liberté, égalité, fraternité*), la cual actualmente es el lema oficial de la República

---

<sup>20</sup> El Príncipe, Italia, 1513.

<sup>21</sup> El término **democracia** proviene del griego antiguo (δημοκρατία) y fue acuñado en Atenas en el siglo V antes de Cristo a partir de los vocablos δῆμος (dēmos, que puede traducirse como «pueblo») y κράτος (krátos, que puede traducirse como «poder», o «gobierno»).

<sup>22</sup> *El contrato social* sirvió como base ideológica de la revolución francesa.

<sup>23</sup> Villa Verde, M. J., *Rousseau y el pensamiento de las luces*, Madrid: Tecnos, 1987.

francesa. A diferencia de la antigua democracia griega (elitista y excluyente), bajo la influencia Rousseista, la democracia francesa es inclusiva y persigue el valor de la igualdad.

Actualmente, la mayoría de Estados cuentan con sistemas políticos republicanos y democráticos, en los cuales existe una separación de poderes públicos y tanto gobernados como gobernantes, se encuentran sometidos -aunque sea formalmente- al imperio de la Ley. A priori, ya sea por convicción propia, por sentido de pertenencia o por mera alienación cultural, la mayoría de personas del mundo occidental, damos por sentado que la democracia es la única -o cuanto menos la mejor- forma de organización social<sup>24</sup>, pero vale la pena detenerse un momento a reflexionar sobre qué características o atributos de la democracia, la sitúan en superioridad respecto a las demás formas de gobierno. Existen muchas teorías sobre las ventajas -y sus respectivas contra teorías sobre las desventajas- de la democracia, así que al no ser la presente obra, una investigación sobre filosofía política, únicamente se hará mención a la teoría -que a juicio del autor-, es la más acertada respecto a la justificación de la democracia; para ello se expondrán nociones sobre la democracia deliberativa de Carlos Nino<sup>25</sup>, las cuales serán desarrolladas en el siguiente capítulo. Pero antes de abordar el estudio de la democracia, es menester realizar una breve reseña que permita la construcción y entendimiento de los conceptos de Estado y Gobierno.

## **1.2. Estado y Gobierno**

### **¿Qué es el Estado?**

Existen distintas teorías modernas y en todas coinciden los elementos constitutivos de: *territorio, población, poder soberano y ordenamiento jurídico*. Por lo anterior se concibe al Estado como

---

<sup>24</sup> Algunas Constituciones contienen cláusulas pétreas para evitar que la forma de gobierno democrática, sea modificada.

<sup>25</sup> La Constitución de la Democracia Deliberativa.

una entidad jurídico-política, conformada por una población y que ejerce soberanía sobre determinado territorio. El Estado nace a través del pacto social de la población constituyente y se materializa a través del texto de la Constitución Política, la cual a su vez contiene normas de tipo dogmático y de tipo programático y constituyen la base del ordenamiento jurídico de una nación. El Estado actúa a través de órganos de gobierno y tiene como propósito la convivencia armónica y la satisfacción de necesidades de sus integrantes.

### **¿Qué es Gobierno?**

Se entiende por Gobierno o Administración Pública, al aparato de dirección jurídica y política del Estado en sus instancias de decisión, acción y sanción, en el que confluyen el conjunto de órganos o individuos investidos de autoridad a la actividad necesaria para el cumplimiento de los fines para los cuales se constituye el Estado. En El Salvador, el Estado está organizado para la consecución de los valores de justicia, seguridad jurídica y bien común, para ello reconoce una gama de derechos y garantías a la persona (dogmática) y adopta una composición orgánica de instituciones y competencias alineadas con dichos valores (programática)<sup>26</sup>.

### **¿Cuál es la forma de Gobierno del Estado Salvadoreño?**

El gobierno es republicano y democrático-representativo. Lo anterior significa que: **i** El poder público emana del pueblo, el cual lo ejerce a través de los distintos órganos de gobierno. **ii**. Existe una separación funcional de los órganos que detentan el poder. **iii**. Existe una sujeción de gobernantes y gobernados al imperio de la Ley.

### **¿Cómo se eligen gobernantes?**

La Constitución contempla dos tipos de elecciones de gobernantes o funcionarios públicos a saber:

---

<sup>26</sup> Art. 1 Constitución de la República de El Salvador de 1983.

**a. Elección de primer grado:** Cuando a través del sufragio, el ciudadano elige al candidato de su preferencia (Presidente y Vicepresidente de la República, Diputados, Alcaldes).

**b. Elección de segundo grado:** Cuando el Órgano Legislativo -en el que se presume está representado todo el cuerpo electoral- o el Órgano Ejecutivo, en sus calidades de representantes del pueblo, eligen a determinada persona para ostentar un cargo público.

En el caso salvadoreño, pueden citarse los siguientes ejemplos:

**b.1. Segundo grado legislativa<sup>27</sup>:** En El Salvador, corresponde a la Asamblea Legislativa elegir -por votación nominal y pública- al Fiscal General de la República, al Procurador General de la República, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, a los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, al Procurador de los Derechos Humanos, etc. Dichas competencias -así como los requisitos para ostentar los cargos de segundo grado- tienen carácter constitucional y el órgano legislativo se encuentra obligado a realizar procesos de selección en los que se compruebe y documente el cumplimiento de las exigencias constitucionales, así como el razonamiento que decantó la elección a favor de determinado candidato.

**b.2. Segundo grado ejecutiva:** En otros casos, el titular del Poder Ejecutivo es el encargado de elegir funcionarios públicos, tales como los titulares de las secretarías de Estado (Ministros y Vice Ministros), Presidentes y directores de Instituciones Oficiales Autónomas, funcionarios del servicio diplomático etc.

En estricto sentido y a diferencia del Órgano Legislativo, en donde hay competencia entre varios candidatos, el titular del Órgano Ejecutivo realiza designaciones discrecionales a través de las

---

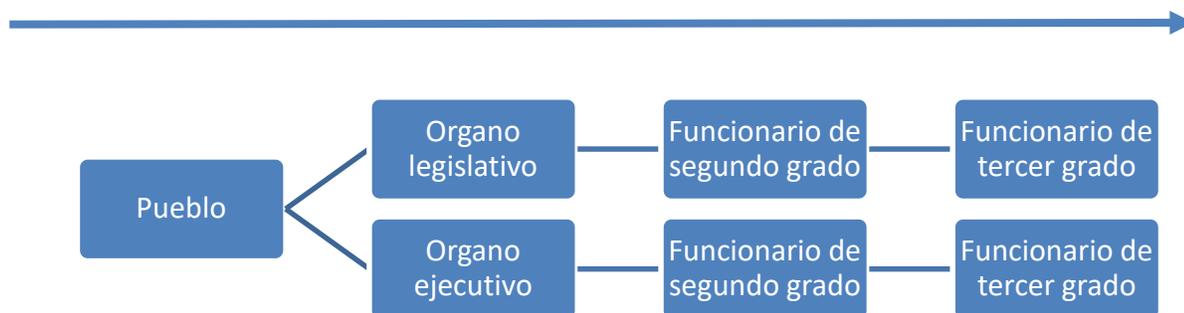
<sup>27</sup> En la Constitución de la República se establecen los requisitos que deben reunir los candidatos a optar por los cargos a los que se accede a través de elecciones de segundo grado.

cuales comparte su investidura y legitimación democrática con los funcionarios nombrados. En la Constitución y en algunas Leyes sectoriales se establecen incompatibilidades y requisitos para ostentar los cargos, por lo que la potestad discrecional del Presidente, encuentra un límite formal. Sin embargo en El Salvador, hay muchos casos en los que existen más requisitos legales para ostentar un cargo medio, como oficial de compras, oficial de información o tesorero, que para ejercer la titularidad de una cartera de Estado o la presidencia de una empresa pública.

**c. Elección de tercer grado:** Como su nombre lo indica, un funcionario electo directamente por el pueblo (legislativo, ejecutivo o municipal), comparte su legitimación democrática, nombrando a un funcionario de segundo grado, quien una vez recibida su investidura y legitimación democrática, la comparte eligiendo a otro funcionario, para el ejercicio de un cargo público.

Un concepto vinculado con la legitimación democrática es el Estado de Derecho, esto es cuando gobernantes y gobernados se encuentran sujetos al imperio de la Ley. Los primeros se rigen bajo el principio de legalidad, lo que significa que su accionar debe estar normativamente permitido. Por su parte, los particulares se rigen bajo el principio de libertad, es decir que pueden hacer todo aquello que la Ley no prohíba.

**Gráfico 3: Niveles de legitimación democrática.**



Es importante resaltar que, para el funcionamiento del aparato estatal, los funcionarios necesitan de la colaboración de empleados públicos, quienes -al igual que los funcionarios- actúan por delegación del pueblo y pueden ser nombrados o contratados tanto por funcionarios de primer, segundo y tercer grado. Formalmente, la diferencia primaria entre empleado y funcionario, es el origen y la formalidad de su nombramiento; materialmente, es la gama de atribuciones que le son propias a cada cargo. En principio, entre más intenso es el grado de legitimación democrática, mayores suelen ser las responsabilidades del funcionario, ergo mayores deben ser los controles democráticos e institucionales sobre dicha investidura.

Deontológicamente, todo servidor público (funcionario o empleado) se encuentra al servicio del interés colectivo, por tanto deben satisfacer las necesidades sociales que se encuentran a cargo del Estado. Para que el modelo representativo funcione, es necesario que existan mecanismos que lo garanticen. Cuanto mayor es el grado de control que la población ejerce sobre los gobernantes, menores son las probabilidades de que los delegados incumplan sus deberes.

Habiéndose expuesto las anteriores nociones básicas sobre Teoría del Estado, se reflexionará sobre la democracia y el valor de la misma.

## **Capítulo II**

### **Democracia**

#### **2.1. Justificación**

Existen numerosas teorías sobre el valor de la democracia, pero a efectos del presente estudio - por su relación con la corrupción-, únicamente se hará un breve análisis sobre la teoría que resalta el valor epistémico de la democracia a tal punto, de justificarla como la mejor forma de gobierno. Leonardo García Jaramillo<sup>28</sup>, sostiene que al sustantivo “democracia” se le han asignado, sobre todo a partir del siglo XX, adjetivos como representativa, participativa, formal, directa, burguesa, liberal, republicana, popular, pluralista, radical, global y parlamentaria. Democracia y el adjetivo que lo califique, conforman una concepción con unas características cuyo examen resulta esencial para determinar de qué tipo de democracia se está hablando. Con solo afirmar que se respeta la democracia o se es demócrata, se está diciendo realmente poco o nada. En la actualidad, hay un consenso acerca de que versiones mayoritarias, populistas o meramente representativas de la democracia no cuentan con los atributos para considerar demócrata a un líder o democrático a un régimen. El hecho de que un individuo o facción acceda al poder por designio de las mayorías, lo legitima democráticamente al inicio, más no durante su ejercicio. Si se gobierna de manera dictatorial, autoritaria o bajo cualquier otro adjetivo que implique el menoscabo de la deliberación, la democracia pierde su valor epistémico y por tanto la investidura del funcionario, también pierde legitimidad.

La democracia deliberativa que defendió Carlos Nino<sup>29</sup> es un enfoque en virtud del cual el proceso de toma de decisiones públicas por parte de los gobernantes, debe ser discursivo y estar basado en el intercambio de razones y argumentos en respaldo de una u otra posición de los

---

<sup>28</sup> Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT, Colombia, 2015

<sup>29</sup> The Constitution of Deliberative Democracy, Yale University, 1996.

grupos de interés representados. Este proceso se orienta hacia la transformación de las preferencias políticas mediante el convencimiento racional, es decir, atendiendo al argumento con mayor fuerza con el ideal de alcanzar un consenso lo más vinculante posible. La deliberación estimula un genuino intercambio de argumentos y reduce o pone en evidencia los prejuicios sociales, malentendidos y errores interpretativos que afectan la calidad de los argumentos.

Para Nino, la democracia se justifica por su mejor capacidad para abordar asuntos colectivos, con soluciones satisfactorias para la sociedad, mediante la discusión plural y el libre debate. La ventaja expuesta por Nino es de tipo *moral*, ya que la libre deliberación de todos los potenciales afectados de una decisión pública, permite la toma de decisiones imparciales y previene la corrupción.<sup>30</sup> Si bien existe la posibilidad de que la gestión de los asuntos públicos, los individuos -en forma aislada- alcancen la verdad moral a través de sus propias reflexiones, ello es poco probable, debido a que la reflexión individual carece de las condiciones de imparcialidad presentes en el discurso moral. El individuo sería simultáneamente sujeto y objeto de análisis. El autor no postula que la democracia deliberativa siempre producirá los mejores resultados para todos, ya que reconoce que una decisión adoptada por un dictador o por un “líder demócrata” que toma decisiones autoritarias, puede ser más beneficiosa para la población que una decisión adoptada unánimemente por todos sus representantes.

En un sistema político en el que no se respeta el valor deliberativo de la democracia, los gobernados carecerán de mecanismos para garantizar que sus intereses sean procurados por el gobernante, ni tampoco existirían contrapesos de las distintas facciones de la sociedad para prevenir la corrupción de la facción dominante. Bastaría entonces para el “líder democrático”, mantener una agenda populista que le permita legitimarse periódicamente a través del voto. Si

---

<sup>30</sup> Lo que se resalta de la democracia deliberativa, no es su capacidad de tomar las decisiones técnicas más acertadas, ya que un gobierno dictatorial puede tomar mejores decisiones si se acompaña de buenos asesores. El verdadero valor y riqueza de la democracia, se encuentra en su capacidad de lograr -a través del debate plural y abierto- la adopción de mejores decisiones e imparciales.

el Estado es rico en recursos naturales y económicos, con mayor facilidad se financiarán los programas populistas. Reconociendo las debilidades de ambos sistemas (democráticos y monárquicos), **el valor epistémico que la democracia adquiere a través de la deliberación**, es lo que la vuelve superior y justifica su protección y reconocimiento normativo generalizado alrededor del mundo.

Nino sostiene que en una democracia perfecta, todas las decisiones públicas deben ser tomadas siempre por *la totalidad* de las personas que se verán afectadas y en forma *unánime*<sup>31</sup>, reconociendo de forma resignada, que la misma es una utopía. Al ser prácticamente imposible reunir a todos los ciudadanos, la única forma viable de concretizar este ideal, es a través de la figura de la representación, la cual se concibe como una participación de los representados. De tal suerte que la representación se convierte en un mal necesario de tipo pragmático. El autor concibe a la representación como un *déficit inevitable* de la democracia, el cual debe ser contrarrestado a través de la mayor cantidad de democracia *participativa o directa* posible.

Resuelto el problema de la participación de todos los afectados, surge la necesidad de abordar la cuestión de la *unanimidad*. Aunque -a través de sus representantes- se encuentren presentes todos los ciudadanos, rara vez habrán coincidencias totales en sus distintas posiciones. Dicha dificultad es inversamente proporcional al tiempo con el que se cuenta para resolver sobre los asuntos públicos. Entre menos tiempo se tiene tomar una decisión, más aumenta la dificultad de construir puentes de entendimiento para alcanzar la unanimidad. Por tal razón el factor tiempo -cual guillotina- obliga al abandono de la persecución de la quimera de la unanimidad, proponiendo en su lugar a la más asequible “*regla de las mayorías*”, la que constituye otro déficit democrático, que debe ser contrarrestarlo a través de mayores niveles de consenso, verbigracia

---

<sup>31</sup> La visión de Nino es utópica porque aunque las decisiones fuesen unánimes y la participación de los interesados total, siempre existirían asimetrías de información entre los participantes.

requiriendo mayorías calificadas para algunos asuntos de mayor trascendencia<sup>32</sup>. Al igual que el déficit de la representación, la regla de las mayorías surge por motivos pragmáticos para velar por la gobernabilidad.

Al reconocer el valor epistémico de la democracia deliberativa, como herramienta para acceder a la verdad moral, es importante señalar que los dos déficits de la misma (representación y mayorías) requieren de una especial atención. Tanto una representación deficitaria, como la exigencia de mayorías calificadas, pueden devenir en resultados indeseables para la sociedad y para la democracia misma. El descuido de dichos déficits, puede soslayar los beneficios de la democracia deliberativa.

Los economistas de decisiones públicas sostienen que factores como las reglas de orden y la manipulación de agenda, son determinantes en los resultados de la deliberación y votación de los entes colegiados con reglas de mayorías. Esta afirmación, abre una promisoriosa línea de investigación complementaria al valor epistémico de la democracia deliberativa, el cual puede ser comprometido con procesos viciados y manipulaciones maliciosas de agendas y con la cantidad y calidad de la información de la que cada grupo dispone para defender sus posturas, el nivel educativo de los electores, el de los representantes, etc. Pero volviendo al tema de estudio, -dentro de los dos déficits de la democracia que señaló Nino-, la representación, es el que se encuentra más íntimamente relacionado con el objeto del presente trabajo, por lo que se concebirá a la corrupción como un vicio de la representación, que afecta al corazón mismo de la democracia.

---

<sup>32</sup> En El Salvador, el órgano legislativo está integrado por una asamblea legislativa o parlamento, conformada por 84 diputados titulares y sus respectivos suplentes. Generalmente, las decisiones se adoptan por votación de la mayoría simple (mitad más uno), excepcionalmente se requiere la avenencia de 56 votos (mayoría calificada).

## **2.2. Concepto**

A partir de las nociones proporcionadas por Nino y según los conceptos del constitucionalismo moderno, puede definirse a la democracia como *una forma de organización jurídico y política del Estado, mediante la cual, para la satisfacción de necesidades colectivas, los gobernados ejercen el poder público a través de los gobernantes, quienes adquieren legitimación a través del sistema electoral, siendo su principal ventaja sobre las demás formas de gobierno, la capacidad de obtener decisiones moralmente imparciales mediante la libre participación y deliberación de todos los involucrados, quienes participan a través de sus representantes.*

## Capítulo III

### Corrupción

#### 3.1. Corrupción y representación política

Como se expuso en el capítulo II, la representación política es un déficit de la democracia, que deriva de la imposibilidad de reunir a todos los afectados para la toma de decisiones públicas. Idealmente, la democracia debería operar con participación directa, pues ello incrementaría el valor epistémico del sistema para acercarse a tomar decisiones imparciales -y como se verá más adelante- **si se reduce la posibilidad de tomar decisiones parciales, se reduce la oportunidad de cometer actos de corrupción.**

Recapitulando, al asumir la necesidad de la representación política, es necesario establecer alguna concepción que la justifique. En tal sentido, en los postulados de la teoría de la democracia deliberativa, convergen dos visiones de la representación: **1.** Reproducción de preferencias (espejo) y **2.** Agencial. Dicha convergencia implica, básicamente, que los representantes (agentes) deben actuar conforme a las preferencias de los electores (principal). Para incrementar las posibilidades de que ello sea efectivamente así, existen una serie de mecanismos genéricamente denominados “accountability”, los cuales -dependiendo de quién y cómo son ejercidos-, se subdividen en verticales, horizontales y sociales. Dichos mecanismos serán desarrollados con mayor amplitud en el capítulo IV.

La representación **siempre será deficitaria** y deberá perfeccionarse a través de mecanismos de *accountability* que persuadan a los políticos y funcionarios a actuar conforme al marco normativo y a las preferencias o necesidades de los electores. Sobre este punto es necesario acotar que existe una peligrosa zona gris al momento de diferenciar de manera objetiva entre las preferencias y el bienestar de los ciudadanos, ya que no todo lo que un particular prefiere,

necesariamente le representa un beneficio. Una facción política puede sortear el escrutinio inquisidor del votante (accountability vertical), a través del impulso de medidas populistas, aun y cuando dichas medidas no le generen un bienestar real o sostenible.<sup>33</sup>

Verbigracia, el aumento de los servicios públicos, de los subsidios y el consecuente aumento en el gasto del Estado, será del agrado inicial de los usuarios, pero si carece de sostenibilidad fiscal, en el mediano y largo plazo, generará contingencias en la Hacienda Pública y terminará afectando la calidad de vida de todos, especialmente de quienes respaldaron dichas medidas<sup>34</sup>. Es necesario entonces, establecer límites a las políticas públicas que protejan al ciudadano de sí mismo, cuando apoya medidas populistas.

También es necesario aclarar que no todo vicio de representación equivale a corrupción. Aunque todos son nocivos para la colectividad, *el populismo, la incapacidad y la corrupción, son fenómenos distintos y -aunque es común que coexistan- requieren de abordajes separados*, que no serán materia de esta investigación.

### 3.2. Concepto

Existen tantos conceptos, como abordajes pueden dársele al fenómeno, así que para mantener el hilo filosófico-político del planteamiento realizado sobre la democracia deliberativa, representación y economía política, se definirá a la corrupción como **la ruptura unilateral del**

---

<sup>33</sup> Para ampliar la idea, puede concebirse a los gobernantes como padres y a los ciudadanos como hijos. Si los padres sometieran a votación de los hijos, la visita al pediatra -y la consecuente vacunación-, probablemente el resultado unánime sería un rotundo ¡no! De igual forma si el menú para la cena se sometiera a votación, la noción del chocolate se impondría a la del brócoli en todas las rondas. Al utilizar la anterior analogía se ha asumido normativamente que -al igual que los padres- los gobernantes se encuentran mejor capacitados para la adopción de decisiones que afectan a quienes están bajo su cargo.

<sup>34</sup> Las concepciones elitistas de la democracia, sostienen que es positivo que los representantes decidan al margen de las preferencias de los electores, pues se encuentran mejor capacitados para ello. Así como el padre sabe que es lo mejor para su hijo.

**mandato político por parte del representante, al valerse de su cargo público para la procuración de beneficios particulares, al margen o en detrimento de los fines colectivos perseguidos por el ordenamiento jurídico.**

De la anterior definición, es importante resaltar: (i) el reconocimiento de la inevitabilidad de la representación dentro de un sistema democrático, (ii) la existencia de derechos y deberes recíprocos entre representantes y representados, (iii) el quebrantamiento unilateral a los términos del contrato de representación por parte del representante y (iv) la utilización del cargo público para la consecución de objetivos trazados en agendas particulares o de preferencias personales, al margen de la Ley.

No es malo ni reprochable que los servidores públicos tengan beneficios por el desempeño de sus labores, ¡al contrario! Una fuerza política y laboral del sector público bien incentivada, generará enormes réditos para los usuarios de los servicios públicos y para el Estado en general. Parafraseando un poco la teoría económica de la opción racional, lo que se condena son los sistemas en los cuales, hay pocos incentivos para actuar en apego a la Ley y hay muchos o cuanto menos, suficientes motivos para que -de manera racional- los servidores públicos actúen al margen de la misma para la consecución de beneficios particulares en detrimento de los intereses colectivos.

### **3.3. Relación entre democracia y corrupción**

En el capítulo anterior establecimos que la democracia es una forma de organización jurídico y política del Estado, mediante la cual, para la satisfacción de necesidades colectivas, los gobernados ejercen el poder público a través de los gobernantes, quienes adquieren legitimación a través del sistema electoral, siendo su principal ventaja sobre las demás formas de gobierno, la capacidad de obtener decisiones moralmente imparciales mediante la libre participación y

deliberación de todos los involucrados, quienes a priori, participan a través de sus representantes. Por otra parte, se ha postulado que la corrupción es la ruptura unilateral del mandato político por parte del representante, al valerse de su cargo público para la procuración de beneficios particulares, al margen o en detrimento de los fines colectivos perseguidos por el ordenamiento jurídico y para los cuales han sido electos por sus representados.

De lo anterior se propone que ambos conceptos se encuentran en una relación dialéctica (tesis y antítesis) y de su interacción (síntesis) debe salir reforzado el sistema democrático. Para conocer y superar la antítesis (corrupción), es menester el conocimiento de su tesis (democracia). Cualquier enfoque de la corrupción que pase por alto esta realidad, difícilmente cortará las raíces del problema.<sup>35</sup>

### **3.4. Efectos de la corrupción**

Si asumimos que los individuos se organizan en grupos sociales y la aglutinación de estos se transforma en Estados constitucionales democráticos, con el propósito de alcanzar el **desarrollo** (de todos sus integrantes), puede afirmarse que la corrupción afecta el corazón de la democracia, ya sea que el **desarrollo** esté concebido como sinónimo de crecimiento económico o de una manera más integral, tal como lo propone Amartya Sen<sup>36</sup>, quien lo piensa como el aumento de la riqueza de la vida humana, en lugar de la riqueza de la economía en la que los seres humanos viven, que es sólo una parte de la vida misma.

---

<sup>35</sup> Friedrich Engels, Anti-Dühring, XIII. Dialéctica. Negación de la negación. El primer momento del movimiento dialéctico, el de la afirmación, supone la mera existencia de una realidad; el segundo momento, el de la negación, supone la acción del elemento contrario que, en oposición con el primer momento, lo niega. El tercer momento, negando al segundo, que era ya, a su vez, la negación del primero, se presenta como el momento de la reconciliación, de la síntesis, recogiendo lo positivo de los dos momentos anteriores.

<sup>36</sup> Profesor de Economía, Universidad de Harvard, Premio Nobel de Economía, 1998

Las Naciones Unidas miden permanentemente el nivel de desarrollo a través del Índice de Desarrollo Humano, el cual es un indicador sintético de los logros medios obtenidos en las dimensiones fundamentales del desarrollo humano, a saber: tener una vida larga y saludable, adquirir conocimientos y disfrutar de un nivel de vida digno etc. Como puede apreciarse, el desarrollo va más allá de lo económico y la corrupción lo merma en todas sus dimensiones, especialmente para las grandes mayorías vulnerables que viven en pobreza.

El Instituto del Banco Mundial<sup>37</sup>, resalta algunos de los nocivos efectos de la corrupción:

- Según datos económicos de 2001-2002, más de un billón de dólares estadounidenses (US\$1.000.000.000.000) se paga cada año en sobornos. Esta cantidad contrasta con la economía mundial en dicho período, la cual se estima en treinta billones de dólares estadounidenses (US\$30.000.000.000.000). Planteado de una manera más cruda, de cada USD \$30.00 que se mueve en el mundo, USD \$1.00 es para la corrupción.
- El antiguo líder indonesio Suharto desfalcó entre US\$15.000 millones y US\$35.000 millones de su país.
- Ferdinand Marcos en Filipinas, Mobutu en Zaire y Abacha en Nigeria pueden haber malversado hasta US\$5.000 millones cada uno.
- La corrupción es un obstáculo importante para reducir la pobreza, la desigualdad y la mortalidad infantil en las economías emergentes.

---

<sup>37</sup> 2004, Daniel Kaufmann, Director de Gobernabilidad del Instituto del Banco Mundial.

- Las investigaciones realizadas por el Instituto indican que los ingresos nacionales de los países que combaten la corrupción y mejoran el imperio de la Ley pueden aumentar hasta cuatro veces en el largo plazo y que la mortalidad infantil puede disminuir hasta un 75%.
- La mayor empresa pública de América Latina, PETROBRAS, ha reportado pérdidas de dos mil millones de dólares estadounidenses por una estructura de corrupción que operó en un período de ocho años.

Otros investigadores particulares<sup>38</sup>, realizan análisis complementarios en los que resaltan los siguientes efectos:

- Cuando los servidores públicos sólo persiguen fines individuales, son reacios a la adopción de **medidas que no les den réditos económicos y políticos inmediatos**. Por eso no ejecutan políticas de largo plazo. El abandono de políticas públicas tales como educación, infraestructura, salud, etc. es sintomática. Es común entonces encontrar que existe una relación inversamente proporcional entre nivel de educación y corrupción.
- El Estado corrupto **no se va ocupar de la infraestructura nacional hasta que las consecuencias de su deterioro no afecten directamente su supervivencia**. Sólo entonces actuará, pero mostrando su absoluta incapacidad, ya que intentará resolver con una sumatoria de medidas coyunturales un **problema estructural que requiere una profunda planificación**.
- Un Estado guiado por el cortoplacismo y por las ambiciones personales de sus máximos dirigentes, jamás podrá favorecer el ingreso de funcionarios de carrera en la

---

<sup>38</sup> Darío Mizrahi, periodista, sociólogo, redactor de INFOBAE.

administración pública, ya que estos **se rigen por los criterios propios de su especialidad**. Por el contrario favorecerá al nepotismo y al padrinazgo, reclutando personal sin perfiles técnicos, pero sí dispuestos a ejecutar la agenda política y económica de sus empleadores.

### 3.5. Análisis Económico de la Corrupción

La teoría económica de la política de James Buchanan<sup>39</sup>, toma como base analítica a los individuos, es decir personas que viven, eligen y economizan. **Todo individuo condiciona su actuar según sus preferencias individuales**. Dentro de la esfera de lo individual encontramos una amalgama de posibilidades, tales como: vestimenta, trabajo, alimentación, sexualidad, educación, religión, salud, opción política etc. Para Buchanan, -aun y cuando aparentan altruismo- los individuos rigen su vida sobre la base de la consecución de sus preferencias, lo cual genera una paradoja. Si se permite que las personas tengan distintas preferencias y al mismo tiempo reconocemos que ciertos aspectos de la vida son inherentemente colectivos o sociales (seguridad pública, administración de justicia, salud pública), en lugar de puramente privados, ¿Cómo serán reconciliadas las diferentes preferencias individuales de los gobernantes - **inherentes por su calidad humana**-para lograr resultados socialmente deseados por la colectividad? En otras palabras ¿Cómo puede lograrse un equilibrio entre la satisfacción de las preferencias individuales de los gobernantes y las preferencias y necesidades de los gobernados? Ciertamente no puede asumirse como válido ningún planteamiento anticorrupción que ignore esta realidad.

---

<sup>39</sup> Profesor y Director General del Center for the Study of Public Choice, Virginia Polytechnic Institute. Ganador del Premio Nobel de la Economía de 1986, por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría económica y del proceso de toma de decisiones.

Para abordar la cuestión, es necesario recordar que incluso **el propósito de las acciones colectivas, es la satisfacción de preferencias privadas**. Verbigracia, si un vecindario se ha vuelto ruta de distribución de narcóticos y el Estado no resuelve el problema, los vecinos se reunirán en un plaza y propondrán distintas alternativas, las cuales finalmente serán sometidas a votación. En principio cada individuo busca mejorar **su seguridad** -no la del vecino- y el compartir un mismo problema con otros individuos, vuelve a la acción colectiva como la más racional, ya que es la que tiene mayor probabilidades de éxito.

Dado que la adopción de decisiones por funcionarios unipersonales, puede ser muy perniciosa para el bien común, Buchanan al analizar a Duncan Black<sup>40</sup> reconoce implícitamente, la necesidad de actuar a través de comités, por la capacidad de estos para alcanzar la verdad moral, coincidiendo con el planteamiento filosófico-jurídico de Carlos Nino, sobre el valor epistémico de la democracia deliberativa. En un comité existen representantes con distintas preferencias individuales, por lo que considerando que no existe una verdad absoluta respecto a que preferencia es la más correcta, el problema es reducir las diferencias individuales o preferencias a resultados, de tal suerte que se obtengan soluciones colectivamente satisfactorias de manera oportuna. ¿Cómo los cuerpos colegiados llegan a decisiones cuando la avenencia total entre sus miembros resulta imposible? Es en este punto donde debe recurrirse a la paradoja de la votación o -como diría Nino-, al inevitable déficit democrático de las mayorías.

Black postuló que en un ente colegiado, cada integrante tiene una preferencia (moción) y que no existe moción de entre un conjunto fijo de posibilidades, una que derrote a todas las demás en una serie de pruebas de mayoría de uno contra uno. Puede no existir una moción de mayoría. Si éste es el caso, la votación de mayoría simple producirá un ciclo de rotación continua entre un subgrupo o subconjunto de las alternativas disponibles. El resultado colectivo dependerá del

---

<sup>40</sup> Economista escocés, autor de la publicación “The Theory of Committees and Elections”.

punto en que se detenga la votación, el que a su vez dependerá de factores tales como la manipulación de la agenda y las reglas de orden. Por ejemplo -sostiene Black-, el miembro o facción que pueda asegurar que su moción o reforma preferida sea votada justo antes de la clausura, a menudo gana el juego estratégico que siempre se plantea con las reglas de mayoría.

Otro de los problemas de la acción colectiva es la determinación de **qué es lo colectivamente deseable**. Al respecto Keneth Arrow<sup>41</sup> trató de construir lo que algunos economistas llaman una "función de bienestar social" destinada a ser útil para guiar a la autoridad planificadora de una sociedad. Intentó hacerlo integrando la información sobre las distintas preferencias de los miembros individuales. Para su sorpresa, Arrow encontró que tal "función de bienestar social" no podía ser construida; el objetivo era una imposibilidad lógica, dada la satisfacción de ciertas condiciones laterales razonables.

Realizadas las anteriores consideraciones Arrow puede comprender por qué para Buchanan, no tenía sentido analizar los impuestos y los gastos públicos independientemente de algunas consideraciones del proceso político a través del cual se toman las decisiones sobre estos dos lados de la cuenta fiscal. *¡La teoría de las finanzas públicas no podía estar totalmente separada de una teoría de la política!*

Dado que los resultados políticos surgen de un proceso en el cual participan muchas personas y no de alguna misteriosa mente de grupo, ¿por qué habría alguien de esperar que las "funciones de bienestar social" fueran consistentes internamente? A falta de predeterminación normativa, el concepto "bienestar social" será igual de cambiante que el proceso político. **El anterior postulado sobre la unidad entre política y finanzas públicas, es igual de aplicable al derecho. Las regulaciones estatales son el producto por antonomasia del poder político.**

---

<sup>41</sup> Economista estadounidense, ganador del Premio Nobel de Economía en 1972, por su teoría sobre el equilibrio general económico y el bienestar.

Es así como Buchanan propone los límites constitucionales sobre la votación mayoritaria. Defiende la existencia de restricciones constitucionales *per se, como en Estados Unidos, argumentando que* sería difícil concebir en dicha nación un ciclo de nacionalización, desnacionalización y renacionalización de una industria básica, solamente por el cambio de la mayoría legislativa entre partidos. Buchanan ignora, o al menos no se pronuncia respecto a que la fundación de un Estado, así como la definición del contenido de su Constitución, conlleva los mismos problemas de acción colectiva de la votación de las mayorías y la construcción del concepto de bienestar social. El autor asume normativamente que parte de la estabilidad política de los Estados Unidos, se debe a la aceptación generalizada de predeterminaciones normativas realizadas por la elite de “*los padres fundadores*” en la Constitución de 1787.

La teoría económica de la política trata otra variedad de temas de incalculable valor académico, pero nos enfocaremos en aquellos relacionados con la corrupción. Recapitulando:

- Los individuos son agentes que tienden a buscar la maximización de utilidad, que actúan en función de sus preferencias para sus intereses privados y que comparten intereses con otros individuos (interés social o colectivo).
- Cuando un individuo ostenta un cargo público, no existe forma de garantizar a la ciudadanía, la existencia de algún proceso metafísico que lo haga abandonar sus preferencias e intereses individuales, por lo que el reto para el sistema democrático, será que la natural búsqueda de intereses y preferencias individuales de los gobernantes, no soslayan la búsqueda de la satisfacción de los intereses o necesidades sociales, para los cuales fueron electos.

Buchanan propone 2 soluciones o caminos para controlar las posibles tensiones entre intereses individuales y colectivos, que enfrentan los funcionarios públicos:

**1. Organizar al poder político de forma de evitar la creación de oportunidades para maximizar la utilidad personal a expensas de la sociedad.** Hay que adoptar reglas constitucionales específicas para limitar la búsqueda de rentas, los privilegios y favores y el déficit fiscal.

Las reglas constitucionales deben:

- a) Guiarse por el criterio de unanimidad, que permite a la mayor cantidad de personas ser participes de una decisión política.
- b) Estipular límites para aquellas decisiones colectivas que no puedan adoptarse por procesos con reglas de unanimidad. Adoptar decisiones por mayorías y establecer reglas de votación.

**2. Introducir incentivos para que quienes tomen decisiones, enfrenten un costo personal en caso de una mala decisión.**

- **Constitución Fiscal:** Disminuir la discrecionalidad en el gasto y las oportunidades de incrementos desviados hacia la búsqueda de rentas particulares.
- **Democracia:** Involucrar a más personas en la toma de decisiones de modo de controlar las decisiones de los representantes.
- **Descentralización y desregulación:** Para facilitar el control del gasto y evitar crear oportunidades de corrupción.

Merece especial mención que tanto el abordaje *jurídico-filosófico* de Nino (Argentina, 1943-1993) expuesto en el Capítulo II, como el enfoque *económico-institucional* de Buchanan (Estados Unidos, 1919-2013), a pesar de pertenecer a tiempos y disciplinas distintas, coinciden

en la importancia de involucrar la mayor cantidad de representantes en la toma de decisiones colectivas y en la necesidad de perseguir la unanimidad como utopía o -en su defecto- adoptar la regla de las mayorías. Entre más sectores se encuentren representados en las votaciones de asuntos colectivos y entre mayores votos concurrentes sean necesarios para la adopción de decisiones, el valor epistémico de la democracia deliberativa se potencia disminuyendo las oportunidades de corrupción, ya que cada integrante servirá de control de sus contrapartes para evitar abusos de poder o decisiones parcializadas. De igual forma, cuando los mecanismos de accountability expuestos en el capítulo anterior funcionan, la población representada también ejercerá control sobre las decisiones tomadas por sus representados<sup>42</sup>. Cada gobernante deberá responder ante sus representados, por su votación y actuación en los asuntos colectivos que le han sido confiados.

### **3.6. Enfoque institucional de la corrupción**

El análisis institucional de la corrupción se presenta generalmente como **contrapuesto a los enfoques culturales**, que conciben a la corrupción como resultado de determinados patrones de conducta, como el desapego a las normas o la utilización de la función pública para provecho propio, los cuales son considerados inalterables.

**El enfoque institucional no niega que las reglas culturales inciden en el modo en que se forman determinadas estructuras de corrupción.** En este sentido, Rose-Ackerman<sup>43</sup> indica que la definición de sobornos es una cuestión cultural, reconociendo que lo cultural es dinámico y, por lo tanto, cambia constantemente.

---

<sup>42</sup> En algunas democracias, existen mecanismos de control democrático *ex ante*, tales como los referendos.

<sup>43</sup> Corruption and Government, 1999.

Si bien reconoce la incidencia de las definiciones culturales, el enfoque institucional **propone no considerar a la corrupción sólo desde ese punto de vista.**

Esta perspectiva parte de **tres argumentos básicos:**

**Primero**, sostiene que la tolerancia hacia la corrupción en determinadas sociedades no es necesariamente una expresión de aceptación, sino de resignación y temor a las represalias.

**Segundo**, este enfoque indica que si los sobornos están aceptados en una sociedad de manera “cultural”, ello genera costos ocultos que los ciudadanos “comunes” pueden desconocer. En consecuencia, la presunta “aceptación” puede modificarse si se exponen los costos ocultos de la corrupción a quienes históricamente los han pagado.

**Tercero**, la perspectiva institucional sostiene que la estructura de oportunidades para los acuerdos que involucran corrupción, y los incentivos y capacidades de controlar potenciales acuerdos corruptos, pueden ser significativamente afectados mediante reformas institucionales fundamentales.

Las reformas pueden reducir los incentivos para la corrupción e incrementar sus costos: **el objetivo debe ser reducir las oportunidades para pagar y recibir sobornos, e incrementar los incentivos y las capacidades de control de diversos actores.**

Para Rose Ackerman, **es improbable que las políticas que se concentran exclusivamente en limitar la corrupción sean efectivas.** Dado que la corrupción es un síntoma de una institucionalidad deficitaria, las políticas deberían orientarse a modificar las causas de la corrupción. Para la autora es necesario mejorar la competitividad del sistema político y la discrecionalidad de los servidores públicos, entre otras medidas.

En definitiva, **dado que la corrupción es un síntoma de una baja calidad institucional, si ésta no se modifica, las políticas que apuntan sólo a la corrupción no tendrán efectos en el mediano y largo plazo.** Así como el sistema puede castigar un corrupto y expulsarlo, -sino se mejora la institucionalidad y se reducen las oportunidades de corrupción-, el mismo sistema absorberá o corromperá a otros en su lugar.

La autora sostiene que las investigaciones sobre las causas de la corrupción sugieren cómo pensar el problema de la reforma.

**Primero**, la simultaneidad entre bajos ingresos y baja calidad institucional implica que **las recetas puramente económicas por sí solas no podrán promover el crecimiento económico** ni mejorar la calidad institucional. Las políticas macroeconómicas presuponen un gobierno que funcione adecuadamente, que es precisamente lo que falta en los países corruptos. El libre mercado y la privatización de servicios públicos, no tendrá los mismos resultados en un país con institucionalidad fuerte que en uno en vías de desarrollo político, como ha sido el caso de las naciones Latinoamericanas que se adhirieron al consenso de Washington.

**Segundo**, la historia y la geografía pueden ser importantes, pero no dicen nada acerca de cómo proceder; es necesario determinar sobre qué influyen y si es posible llevar a cabo reformas sin perjuicio de estos factores.

**Tercero**, algunas características de los sistemas políticos parecen promover gobiernos más honestos y efectivos (altos niveles de libertad económica, sistemas parlamentarios, algunos sistemas electorales, etc.), pero se trata de abstracciones difíciles de hacer operativas.

Estas tres sugerencias para la reforma llevan a Rose-Ackerman a establecer **la necesidad de que las propuestas de reforma impliquen concentrarse en sectores particulares e involucrar**

**mecanismos de accountability de abajo hacia arriba.** Y, concretamente, la llevan a realizar las siguientes afirmaciones:

(1) Dado que la baja corrupción está asociada a resultados positivos (mejor crecimiento, mayores ingresos, mejor distribución), la corrupción por sí sola no es la explicación, sino la íntima correlación que hay entre la corrupción y otras medidas del modo en que funciona el gobierno.

(2) De ello se sigue que las políticas para mejorar el funcionamiento del gobierno no deberían enfocarse principalmente en aplicar Leyes penales contra los hechos de corrupción. Estas normas son una condición necesaria, pero significan poco si no se las acompaña con reformas más sistemáticas.

(3) En cambio, lo que se debe considerar son las instituciones y hábitos de conducta subyacentes que hacen que la corrupción sea endémica sólo en algunos países y en algunos sectores.

(4) Si bien las normas de conducta con raíces históricas y sociales influyen en el nivel de corrupción, ésta también es un delito de oportunidad que requiere voluntad de participar de ambos lados de la transacción. Las variaciones en la corrupción dentro de un mismo país indican que esto es así. En consecuencia, los legados de corrupción no deben ser aceptados de modo determinista, pues la situación puede mejorarse caso por caso.

(5) Los incentivos para la corrupción son diferentes en cada caso, por lo que deben ser abordados con políticas diferentes.

En consecuencia, **el marco de análisis institucional de la corrupción contiene tres elementos que pueden aplicarse para evaluar diferentes sectores o áreas en diferentes países:**

- Las oportunidades para la corrupción.
- Los incentivos para controlar la corrupción potencial.
- Las capacidades de controlar la corrupción potencial.

**Estos elementos se encuentran obviamente relacionados**, dado que se asume, por ejemplo, que las oportunidades se reducen si se incrementan los incentivos y las capacidades de control.

La propuesta del enfoque institucional es seleccionar determinadas instituciones y sectores de la economía (la recaudación tributaria, las compras públicas, las transacciones internacionales, el sistema de subsidios, los fideicomisos, la actuación policial, la actuación judicial, el financiamiento electoral, la educación, la energía, la salud, el transporte, los recursos naturales, la defensa, etc.) y analizar concretamente qué oportunidades de corrupción existen (una suerte de mapa de riesgos) y qué incentivos y capacidades de control tienen los actores involucrados. Luego, con el diagnóstico, podrán recomendarse reformas que permitan reducir las oportunidades e incrementar los incentivos y las capacidades de control.

### **3.7. ¿Cómo se combate la corrupción?**

Ya se ha explicado que la corrupción tiene su origen, en el contrato de mandato/agencia existente entre ciudadano y gobernante y se consume en el momento en que este último realiza una ruptura unilateral a los términos del mismo, anteponiendo sus intereses particulares a los de la colectividad que representa. Uno de los principales errores de abordaje del fenómeno de la corrupción, es que en la mayoría de los casos, la ciudadanía ha encomendado -o por lo menos permitido- que el abordaje del problema, sea realizado exclusivamente a través de los representantes políticos, ¡quienes suelen formar parte del problema! La objetividad y efectividad del abordaje, *a priori* se encontrará comprometida en la medida que los representantes tengan

más incentivos que desincentivos para mantener el *status quo* de privilegios y oportunidades - que probablemente- los incentivó para meterse en la política.

De manera inevitable, la lógica científica plantea interrogantes como: ¿Cuáles son los incentivos, tanto en el sector privado como en el público para mantener el *status quo* de la corrupción? ¿De dónde deben venir los incentivos para romperlo? del sector privado, del sector público, de la comunidad internacional.

Incentivos para mantener el status quo:

- Ciudadanía poco educada, informada y/o desinteresada por los asuntos públicos.
- Sistema eleccionario y político débil.
- Representación efectiva de unas pocas facciones (las mayorías tienen representación deficitaria).
  
- Falta de independencia en el funcionamiento de los órganos del Estado.
  
- Grupos e individuos dispuestos a ofrecer “beneficios” a cambio de “favores políticos”.
  
- Poca cobertura mediática del problema o falta de medios libres e independientes.
  
- Escasa participación ciudadana y rendición de cuentas.
  
- La impunidad generalizada implica para los políticos corruptos, alta rentabilidad a muy bajo costo.

Bajo el anterior análisis, surgen nuevas preguntas:

- ¿Qué político, empresario o ciudadano perteneciente a facciones que se benefician de la corrupción, se interesaría en solucionar el problema?
- ¿Qué capacidades tienen los “no beneficiados” para impulsar que los beneficiados por la corrupción solucionen el problema? ¿Es razonable esperar que un problema de representación sea resuelto por los representantes?
- ¿Se les permitiría incursionar en un sistema corrupto, a personas con aspiraciones genuinas de trabajar por su país? En caso que accedan personas con buenas intenciones ¿Se negarían a ser participes de un mercado altamente lucrativo (corrupción política)? ¿Cuál es el riesgo de que se corrompan por el sistema? ¿Cuál es el precio a pagar por no dejarse corromper?
- ¿A qué peligros se exponen los políticos honestos, cuando no se subordinan a los poderes que controlan el sistema? ¿Quién puede protegerlos?
- ¿Los destinatarios de las utilidades del mercado de la corrupción política (quienes evidentemente son grupos de poder), permitirían reformas al sistema?

Al buscar respuestas con análisis de baja, mediana o alta profundidad, el panorama parece desalentador. Una vez identificado que la corrupción es un problema de representación, el pretender o aspirar a que los representantes (potenciales grandes beneficiarios de la corrupción), sean los únicos responsables de combatirla, parece un sinsentido. Cualquier análisis que parta de un nivel elemental de seriedad y lógica, debe involucrar activamente a quienes pagan el costo de la corrupción (ciudadanos), en el combate de la misma. Sin detrimento de lo anterior, la comunidad internacional a través de agencias de cooperación y de organismos financieros como el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco

Mundial (BM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), pueden ejercer una influencia positiva para impulsar cambios que si bien, deberían ser un asunto doméstico de los Estados, la debilidad democrática de los mismos, requiere de impulsos externos hacia las facciones políticas y económicas dominantes. De igual forma, las compañías transnacionales, pueden influir positivamente si se niegan a entrar en la dinámica corrupta de las economías en desarrollo.

Ya en 1997, Susan Rose Ackerman<sup>44</sup>, advertía que si las transnacionales participan activamente en sistemas corruptos y si las organizaciones de ayuda y crediticias toleran la corrupción endémica, es excesivamente severo atribuir la responsabilidad solamente a las fallas internas del país en desarrollo.

La autora abogaba por que el FMI, BM, ONU y PNUD, no apoyasen proyectos de ayuda que incrementen el valor para los individuos de controlar el gobierno. Para ella los préstamos y las transferencias debían buscar tanto mejorar el desempeño de las instituciones del Estado como incrementar la responsabilidad del sector público.

Respecto a las empresas transnacionales -a diferencia de los organismos internacionales-, Ackerman afirma que no han considerado el impacto de su comportamiento en las perspectivas de largo plazo de los países donde invierten y comercian. En la mayoría de los países de la OCDE, las empresas se enfocan en sus ganancias, confiadas en que existen instituciones que se preocupan por el poder monopólico, por las externalidades ambientales y por las prácticas corruptas en los negocios. El problema es que cuando estas empresas salen de su “hábitat” y emprenden a mercados de países en vías de desarrollo, se encuentran frente a una debilidad institucional en la que puede contribuirse tanto a su fortalecimiento como a su inminente

---

<sup>44</sup> Corrupción y Economía Global.

deterioro. El planteamiento es interesante, pero a efectos del presente trabajo, no se abordará la influencia que las empresas transnacionales pueden ejercer en la vulnerabilidad de la contratación de obras públicas. Lo anterior en razón de que la inversión extranjera en El Salvador es baja y que la mayoría de obras públicas no son lo suficientemente grandes como para llamar la atención de empresas extranjeras.

Recapitulando, al comprender que los funcionarios públicos son delegados de los ciudadanos y que dicha representación es inevitable, se plantea la necesidad de que los primeros sujeten su actuar al principio de legalidad y al bienestar colectivo<sup>45</sup> y que los últimos cuenten con herramientas para premiar, compeler o castigar a aquellos servidores que en ejercicio de su investidura, quebranten el contrato de agencia, anteponiendo intereses particulares por sobre los de sus mandantes. La corrupción se define entonces como la ruptura unilateral del contrato de agencia por parte de los representantes. Debemos tener claro de que se trata de un fenómeno multidimensional y a la vez *sintomático* de problemas o *déficits institucionales* complejos<sup>46</sup>.

James E. Buchanan<sup>47</sup>, postula que los seres humanos, tienen la inclinación natural de actuar en base a sus propios intereses o preferencias. El planteamiento de Buchanan supera la vieja romántica e ingenua presunción de que un buen sistema político -como por arte de magia-, encumbrará en el poder a mujeres y hombres virtuosos, altruistas, de abnegada entrega al servicio de los electores e inclinados a siempre anteponer el beneficio de las colectividades. Está bien que los textos de las Constituciones establezcan como requisitos para la postulación a cargos de

---

<sup>45</sup> El Estado de Derecho o “Rule of Law” es innegociable; sin embargo no debe perderse de vista que la Ley es el producto político por antonomasia y como tal, suele padecer de los vicios y falencias propios del sistema político que los produce.

<sup>46</sup> Uno de los principales déficits institucionales, se encuentra en los sistemas eleccionarios, donde la representación delegante/delegado es paupérrima y la rendición de cuentas escasa. La relación debe establecerse desde la fundación/financiación de partidos políticos, pasando por la selección de candidatos, campañas electorales, comicios y el ejercicio de la función pública.

<sup>47</sup> Teoría Económica de la Elección Pública (Public choice theory). Premio Nobel de la Economía 1986.

elección popular, atributos tales como la moralidad, instrucción, probidad, etc. y que existan Leyes, Tribunales de Ética y demás instituciones paladinas de lo deontológico ¡pero no es suficiente! La teoría económica de la **corrupción**, plantea con mucha crudeza que una vez en el ejercicio de la función pública, los mandatarios tendrán la inclinación de buscar sus beneficios personales -no exclusivamente patrimoniales-. Si bien se discrepa de la generalización - pesimista- de Buchanan sobre la naturaleza humana, retomando el enfoque institucional de Rose Ackerman, se deben crear mecanismos que “presuman” que los servidores públicos que tengan la oportunidad, se aprovecharán de su cargo y sobre esa base, diseñar e implementar políticas multisectoriales para reducir las oportunidades de corrupción a través de distintos mecanismos de prevención y control. A priori puede parecer que dichos mecanismos tienden a entorpecer la función pública, así que -luego de provocar los apoyos políticos-<sup>48</sup> el reto será equilibrar la eficiencia con la transparencia y la rendición de cuentas.

Rose-Ackerman, en sus trabajos iniciales identificó cuatro características que tienden a crear oportunidades de corrupción y aumentar la posibilidad de que se presente: *poder de monopolio, amplia discrecionalidad, falta de transparencia en la toma de decisiones y falta de rendición de cuentas*. Asimismo, fue de las primeras en utilizar el método de la elección racional para la formulación de políticas públicas y estrategias anticorrupción: si los beneficios que reportará una transacción corrupta son superiores a las posibles consecuencias negativas de la misma, el individuo tiene un incentivo para ser corrupto. Atendiendo la casuística tan grande que puede existir, dicho incentivo puede ser desde una leve tentación, hasta un factor desencadenante, cuando existen otros condicionantes tales como: bajos salarios, inestabilidad laboral, problemas económicos, etc.

---

<sup>48</sup> Considerando que el actual sistema político incentiva la obtención de rentas a través de la función pública, las reformas deben ser impulsadas por las contralorías sociales y la comunidad internacional. Difícilmente los representantes resolverán un problema de representación ante la pasividad de los representados.

Distintos estudios señalan que la forma más eficaz de combatir la corrupción, es la creación de políticas públicas que intervengan a doble vía -oferta y demanda-, a través de la implementación de sistemas de incentivos y de desincentivos. La teoría de la elección racional<sup>49</sup>, sostiene que los individuos y entidades, no se mueven únicamente en función de su propio interés, ya que sus acciones u omisiones están condicionadas por lo que hacen o no hacen los demás; pudiendo afirmarse que toda persona se encuentra en una situación de interdependencia estratégica con los demás individuos o entidades que actúan dentro del conglomerado colectivo. Aplicando la teoría de la elección racional, los esfuerzos institucionales deben estar encaminados a que existan más desincentivos que incentivos para la corrupción, de tal suerte que todo servidor público, -y todo agente corruptor- a la hora de ponderar si una transacción corrupta vale la pena, encuentre como opción más racional, desistir.

A continuación se expondrán los distintos mecanismos de control de la corrupción existentes, resaltándose la importancia de la contraloría social.

---

<sup>49</sup> Teoría de los Juegos, John Forbes Nash, 1950.

## Capítulo IV

### Mecanismos de Control Democrático

#### 4.1. Accountability

Al concebir la democracia como la mejor forma de gobierno y al reconocer que la representación es un déficit inevitable de la misma, resulta necesaria la existencia de mecanismos para garantizar la calidad de la representación mediante el control de los representantes.

La teoría de la representación agencial, sostiene que los funcionarios públicos -como representantes del pueblo-, tienen frente a la población o electorado, el compromiso de cumplir con los debates y propuestas vertidos durante las campañas electorales. Se presupone que si el candidato gozó del favor del voto, es porque sus propuestas coincidieron con los intereses del electorado. Pero incluso aunque no hayan existido propuestas para contrastar lo prometido frente a lo realizado, el electorado tiene la obligación y responsabilidad de ejercer control sobre sus agentes.

Guillermo O'Donnell<sup>50</sup> distingue entre dos tipos de control o “accountability”: vertical y horizontal. La accountability vertical, implica la existencia de controles externos al gobierno. La accountability horizontal, en cambio, se vincula con los controles internos que las distintas agencias estatales realizan entre sí. Son los llamados “contrapesos” institucionales.

##### 4.1.1. Accountability vertical (AV)

Se refiere principalmente a la existencia de un sistema eleccionario que permita periódicamente al ciudadano, castigar o premiar a los candidatos en función de si éstos o -la fuerza política que estos representan- han cumplido o no en reproducir durante su función pública, las preferencias

---

<sup>50</sup> Dissonances: Democratic critiques of democracy (2007), University of Notre Dame Press.

e intereses de sus representados. Sin embargo, la **AV** no sólo incluye al electorado, sino también a los medios de comunicación y a los movimientos sociales, pues lo que la caracteriza como vertical es que el control proviene de un actor externo al gobierno.

#### **4.1.2. Accountability horizontal (AH)**

Se vincula a la existencia de instituciones públicas que tienen potestad legal y están fácticamente dispuestas<sup>51</sup> y capacitadas para emprender acciones, en relación con actos u omisiones de otros funcionarios o instituciones públicas que pueden, en principio, ser calificados como contrarios al ordenamiento jurídico. Según este tipo de accountability, el gobierno mismo se encarga de controlar al gobierno a través de órganos distintos e independientes. La **AH** involucra controles mutuos entre las clásicas instituciones republicanas, (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), pero también controles específicos de otro tipo de instituciones como el ministerio público, contralorías de gasto, agencias de transparencia y anticorrupción etc. Incluso los controles parlamentarios como la interpelación o impeachment, constituyen mecanismos de **AH**.

#### **4.1.3. Accountability social (AS)**

Los medios de comunicación y la sociedad civil también someten a los funcionarios públicos a rendiciones de cuentas externos, aunque no electorales. Se trata de lo que Peruzzotti y Smulovitz<sup>52</sup> denominan **accountability social (AS)**, un mecanismo vertical (externo al ámbito estatal) pero, a diferencia de la accountability vertical planteada por O'Donnell, no es de naturaleza electoral.

---

<sup>51</sup> En América Latina, ha existido una marcada tendencia de politización de las instituciones de la Administración Pública. Por lo anterior se considera necesario realizar la acotación de que el funcionamiento del control interinstitucional, depende de la independencia -o cuanto menos- de la voluntad política de los funcionarios.

<sup>52</sup> Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas, 2002.

Al respecto, los autores indican que si bien el estudio de los mecanismos verticales se ha centrado en la rendición de cuentas y el control a través de los eventos electorales, existen otras herramientas -también externas al gobierno-, que son útiles para responsabilizar a los funcionarios por su desempeño como representantes del electorado. En particular, se refieren a la existencia de una sociedad civil activa y de medios de comunicación éticos e independientes<sup>53</sup>. Los agentes clave aquí son las asociaciones civiles, las ONG, las organizaciones de base, los movimientos sociales (temporales o permanentes) y los medios de comunicación.

A efectos de establecer el concepto de accountability social, Peruzzotti y Smulovitz postulan tres preguntas básicas: ¿Qué se controla?, ¿Quién controla? y ¿Cómo se controla?

Con respecto a **qué se controla**, la **AS** busca controlar las acciones de los políticos y servidores públicos: se exige el cumplimiento de la Ley y el debido proceso, se denuncian actos ilegales y/o poco transparentes, ineficiencias, malas políticas públicas, se activa y monitorea el funcionamiento de las instancias gubernamentales encargadas de ejercer el control horizontal, etc.

En cuanto a **quién controla**, la **AS** incorpora nuevos actores a los tradicionales de la vertical y horizontal: ONG, asociaciones civiles, medios de comunicación, movimientos sociales, “think tanks”, universidades, etc.

Finalmente, la pregunta acerca de **cómo se controla** nos remite a la cuestión de las sanciones. En este sentido, la **AS** cuenta con dos recursos esenciales (la intensidad de los reclamos y la visibilidad que alcancen) aunque éstos generalmente no incluyen la posibilidad de imponer

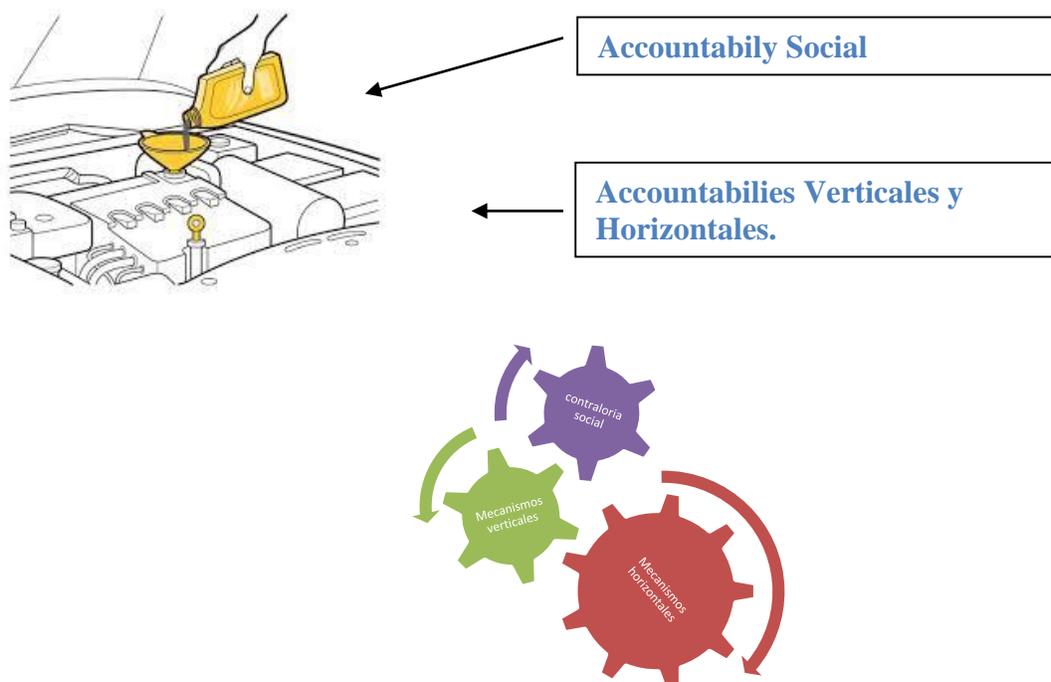
---

<sup>53</sup> Los medios de comunicación independientes, se enfrentan al -no pequeño-, reto de autofinanciarse. Usualmente los medios de comunicación tradicionales en América Latina, se manejan como empresas mercantiles y sus líneas editoriales deben pasar la censura previa de sus financistas.

sanciones formales. Sin embargo, conllevan *per se*, costos políticos para las personas señaladas y pueden acarrear también costos políticos para los funcionarios que no cumplan con su mandato de control e investiguen y castiguen las conductas expuestas por la contraloría social. El ex-fiscal que se negó a investigar un caso que generó mucha indignación social, difícilmente podrá optar a un cargo de elección popular o a una re elección dentro del Ministerio Público. El presidente de la contraloría financiera del Estado que extendió finiquitos a funcionarios que cometieron manifiestos actos de corrupción también morirá políticamente.

En resumen, la **AS** es un complemento de la horizontal y vertical, las cuales pueden ser concebidas como motores que funcionan a baja revolución, hasta que viene la **AS** y las revoluciona.

**Gráfico 5: Interacción de las contralorías.**



## 4.2. Recapitulando

En este punto, conviene realizar un repaso de los principales hitos del trabajo:

- Ya sea por naturaleza o por conveniencia, el ser humano es social y desde la antigüedad se ha venido agrupando organizadamente en núcleos cada vez más complejos y extensos hasta llegar a los Estados contemporáneos.
- Para lograr una convivencia armónica, el Estado debe organizarse bajo un orden que garantice el desarrollo de las potencialidades de cada individuo y la satisfacción de -por lo menos- las necesidades colectivas básicas de sus integrantes.
- En las repúblicas, el Estado pertenece a sus habitantes, quienes lo financian -principalmente- a través de sistemas impositivos o tributarios.
- La forma de gobierno mayoritariamente aceptada por la sociedad occidental es la democracia y su justificación es de tipo moral, ya que la libre deliberación de todos los potenciales afectados de una decisión pública, enriquece el procedimiento de toma de decisiones, potenciando la adopción de decisiones imparciales y más acertadas.
- La democracia deliberativa perfecta implica la participación directa de todos los destinatarios de una decisión pública, así como la adopción de las mismas por unanimidad. Considerando que lo anterior es una utopía, la representación y la regla de las mayorías, son déficits implícitos de la democracia, que deben ser contrarrestados mediante la inclusión de la mayor cantidad de instancias, en las que los representantes de la población (o la población misma), puedan deliberar abierta y libremente. Asimismo, algunos asuntos deben requerir decisiones unánimes o mayorías calificadas.

- La representación implica que el *ciudadano* (principal/mandante) otorga al *funcionario* (agente/mandatario) *una misión* (satisfacer un interés colectivo). La investidura de todo funcionario requiere legitimación democrática y esta puede ser de primer, segundo o tercer grado. Las elecciones populares son legitimaciones de primer grado, las elecciones y designaciones realizadas por funcionarios de elección popular son legitimaciones de segundo grado y finalmente, las designaciones y elecciones realizadas por funcionarios de segundo grado son legitimaciones de tercer grado. En principio, cuando mayor es el grado de legitimación democrática, mayores son las responsabilidades, ergo mayores deben ser los controles.
- La corrupción es la ruptura unilateral del mandato político por parte del representante, al valerse de su cargo público para la procuración de beneficios particulares, al margen o en detrimento de los fines colectivos perseguidos por el ordenamiento jurídico.
- No es malo que los servidores públicos tengan beneficios por el desempeño de sus labores, ¡al contrario! Una fuerza política y laboral del sector público bien incentivada, genera enormes réditos para los usuarios de los servicios públicos y para el Estado en general.
- Cuando los ordenamientos tienen pocos incentivos para actuar en apego a la Ley y muchos para que de manera racional los servidores públicos actúen al margen de la misma, los sectores son altamente vulnerables a la corrupción.
- Si asumimos que los individuos se organizan en grupos sociales y la aglutinación de estos se transforma en Estados constitucionales democráticos, con el propósito de alcanzar el

**desarrollo** (de todos sus integrantes), puede afirmarse que la corrupción afecta el corazón de la democracia, ya sea que el **desarrollo** esté concebido como sinónimo de crecimiento económico o de una manera más integral.

- Según las investigaciones del Banco Mundial, los ingresos nacionales de los países que combaten la corrupción y mejoran el imperio de la Ley pueden aumentar hasta cuatro veces en el largo plazo y que la mortalidad infantil puede disminuir hasta un 75%.
- Cuando los servidores públicos sólo persiguen fines individuales, son reacios a la adopción de **medidas que no les den réditos económicos y políticos inmediatos**. Por eso no ejecutan políticas de largo plazo. El abandono de políticas públicas tales como educación, infraestructura, salud, etc. es sintomática. Es común entonces encontrar que existe una relación inversamente proporcional entre nivel de educación y corrupción.<sup>54</sup>
- La teoría económica de la corrupción postula que **todo individuo -por su naturaleza humana- condiciona su actuar según sus preferencias individuales, por lo que el reto es reconciliar** las diferentes preferencias individuales de los gobernantes para lograr resultados socialmente deseados por los gobernados.
- Cuando un individuo ostenta un cargo público, no existe forma de garantizar a la ciudadanía, la existencia de algún proceso metafísico que lo haga abandonar sus preferencias e intereses individuales, por lo que el reto para el sistema democrático, será que **la natural búsqueda de intereses y preferencias individuales de los gobernantes,**

---

<sup>54</sup> <sup>54</sup> Darío Mizrahi, periodista, sociólogo, redactor de INFOBAE.

**no soslaye la búsqueda de la satisfacción de los intereses o necesidades sociales**, para los cuales fueron electos. No existe forma de conocer el interior de las personas, por tanto las preferencias individuales -en principio- son secretas para los gobernados. Empero, la fiscalización y control del financiamiento de las campañas políticas, es una herramienta indispensable para conocer las preferencias o intereses que perseguirá el candidato cuando ostente el poder. Otro punto importante es el examen exhaustivo de trayectorias personales y profesionales.

- Una vez identificado que la corrupción es un **problema de representación**, el pretender o aspirar a que los representantes (potenciales grandes beneficiarios de la corrupción), sean los únicos responsables de combatirla, parece un sinsentido. Cualquier análisis que parta de un nivel elemental de seriedad y lógica, **debe involucrar activamente a quienes pagan el costo de la corrupción** (ciudadanos), en el combate de la misma.
  
- Es improbable que las políticas que se concentran exclusivamente en limitar la corrupción sean efectivas. Dado que la corrupción es un síntoma de una institucionalidad deficitaria, **las políticas deberían orientarse a modificar las causas de la corrupción**. Dentro de esas causas encontramos el sistema político y la discrecionalidad de los servidores públicos.<sup>55</sup>
  
- Dado que la corrupción es un síntoma de una baja calidad institucional, si ésta no se modifica, las políticas que apuntan sólo a la corrupción no tendrán efectos en el mediano y largo plazo. Así como el sistema puede castigar un corrupto y expulsarlo, -sino se

---

<sup>55</sup> Susan Rose Ackerman, Corrupción y Economía Global.

mejora la institucionalidad y se reducen las oportunidades de corrupción-, el mismo sistema absorberá o corromperá a otros en su lugar.

- La simultaneidad entre bajos ingresos y baja calidad institucional implica que **las recetas puramente económicas por sí solas no podrán promover el crecimiento económico ni mejorar la calidad institucional**. Las políticas macroeconómicas presuponen un gobierno que funcione adecuadamente, que es precisamente lo que falta en los países corruptos. El libre mercado y la privatización de servicios públicos, no tendrá los mismos resultados en un país con institucionalidad fuerte que en uno en vías de desarrollo político, como ha sido el caso de las naciones Latinoamericanas que se adhirieron al consenso de Washington.<sup>56</sup>
  
- Existen enfoques culturales para analizar la corrupción, los cuales básicamente postulan que la corrupción como resultado de determinados patrones de conducta, como el desapego a las normas o la utilización de la función pública para provecho propio, los cuales son considerados inalterables. Si bien los patrones culturales inciden en la formación de estructuras de corrupción, el enfoque institucional propone: 1. la tolerancia hacia la corrupción en determinadas sociedades no es necesariamente una expresión de aceptación, sino de resignación y temor a las represalias. 2. Si los sobornos o dádivas están aceptados en una sociedad de manera “cultural”, ello genera costos ocultos que los ciudadanos “comunes” pueden desconocer. En consecuencia, la presunta “aceptación” puede modificarse si se exponen los costos ocultos de la corrupción a quienes históricamente los han pagado. 3. La estructura de oportunidades para los acuerdos que involucran corrupción, y los incentivos y capacidades de controlar potenciales acuerdos

---

<sup>56</sup> Susan Rose Ackerman, Corrupción y Economía Global.

corruptos, pueden ser significativamente afectados mediante reformas institucionales fundamentales.

- El marco de análisis institucional de la corrupción contiene tres elementos que pueden aplicarse para evaluar diferentes sectores o áreas en diferentes países:
  - Las oportunidades para la corrupción.
  - Los incentivos para controlar la corrupción potencial.
  - Las capacidades de controlar la corrupción potencial.

Cuando los incentivos para controlar la corrupción potencial, así como las capacidades para el control de la misma aumentan, las oportunidades de corrupción disminuyen. Toda reforma institucional debe ir encaminada en dicho sentido.

- El adoptar buenas prácticas internacionales, tales como las derivadas de los compromisos adquiridos por los Estados suscriptores de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, es un buen mensaje para la ciudadanía y para la comunidad internacional; sin embargo se trata de medidas demasiado generales, de tipo “talla única”, las cuales deben complementarse y/o ajustarse con soluciones sectoriales, concebidas, desarrolladas e implementadas según las características y necesidades de cada sector. Existen tantos sectores vulnerables a la corrupción, como actividades tiene a su cargo el Estado.
- La propuesta del enfoque institucional es tomar determinadas instituciones y sectores de la economía (la recaudación tributaria, las compras públicas, las transacciones internacionales, el sistema de subsidios, los fideicomisos, la actuación policial, la actuación judicial, el financiamiento electoral, la educación, la energía, la salud, el transporte, los recursos naturales, la defensa, etc.) y analizar concretamente qué

oportunidades de corrupción existen (una suerte de mapa de riesgos) y qué incentivos y capacidades de control tienen los actores involucrados. Luego, con el diagnóstico, podrán formularse reformas que permitan reducir las oportunidades e incrementar los incentivos y las capacidades de control.

- Para la construcción del mapa de riesgos, se debe analizar paso por paso las cadenas procedimentales de sectores específicos e identificar eslabones vulnerables. Para identificarlos se verifica la concurrencia de una o varias características que tienden a crear oportunidades de corrupción y aumentar la posibilidad de que esta se presente: *poder de monopolio, amplia discrecionalidad, falta de transparencia en la toma de decisiones y falta de rendición de cuentas.*
  
- Para mejorar los incentivos y capacidades de control que tienen los actores involucrados en un sector problemático, es necesario reforzar y promover los distintos mecanismos de accountability horizontal y vertical; recordando que la horizontalidad está definida cuando funcionan los contrapesos institucionales y la verticalidad implica que el actor es externo al gobierno. Los mecanismos de accountability vertical son: 1. El sistema político: Los electores premian o castigan a los representantes con elecciones, referéndums o revocatorios; y 2. La accountability social: ejercida por los medios de comunicación y la sociedad civil también, quienes pueden someter a los funcionarios públicos a rendiciones de cuentas externos (no electorales). Incrementar la visibilidad e intensidad de los reclamos de la contraloría social, es indispensable para el impulso de reformas.

Las compras públicas constituyen un sector de la actividad gubernamental, que por los altos volúmenes de sus transacciones (En América Latina, constituyen cantidades que oscilan entre el 7 y el 21% del PIB<sup>57</sup>), se encuentra particularmente expuesto a la corrupción de sus agentes operadores. La anterior afirmación es aplicable tanto a países desarrollados como en países en vías de desarrollo.

Considerando que la presente monografía se ha realizado para optar al grado de “Magister en Compras Públicas” y dado lo vasto del sector de las compras gubernamentales, se construirá un mapa de vulnerabilidades de corrupción de la contratación de obra pública por licitación pública. Para ello en el siguiente capítulo se expondrán nociones generales sobre el Sistema Nacional de Adquisiciones de El Salvador. En el capítulo VI, se desarrollarán nociones generales sobre el contrato de obra pública y su marco normativo. En el capítulo VII se realizará una exposición sobre la naturaleza y función de los procedimientos de contratación pública. En el capítulo VIII se construirá un mapa de riesgos de la contratación de obra pública en El Salvador, en la modalidad de licitación pública y finalmente en el capítulo IX, se expondrán conclusiones y recomendaciones.

---

<sup>57</sup> Secretaría Permanente del SELA, Caracas, Venezuela, 2014

## Capítulo V

### Sistema Nacional de Adquisiciones

#### 5.1. Justificación de las Compras Públicas

El Estado es el responsable de satisfacer necesidades colectivamente deseables para los habitantes de la nación. Para ello, el sistema político delimita las competencias y órganos de gobierno a través de los cuales dichas necesidades deben ser satisfechas. Como toda entidad jurídica, el Estado actúa a través de personas físicas denominadas “servidores públicos” y estos requieren de acudir a los mercados de bienes y servicios para realizar las adquisiciones y contrataciones necesarias para la implementación de políticas públicas<sup>58</sup>.

**Gráfico 6: Justificación de las Compras Públicas.**



<sup>58</sup> Política pública es un curso de acción o de inacción gubernamental, en respuesta a problemas públicos: «Las políticas públicas] reflejan no sólo los valores más importantes de una sociedad, sino que también el conflicto entre valores. (Kraft y Furlong, 2006).

Como se ilustra en el gráfico, puede apreciarse que el origen y fin de las compras públicas es la población.<sup>59</sup>

Independientemente del modelo económico<sup>60</sup> y político adoptado por una nación, todos los gobiernos dependen -en distinta medida-, de los mercados privados para el desarrollo de sus políticas públicas. Visto desde otra perspectiva, los Estados suelen ser los mayores compradores en sus respectivas economías, lo cual implica un altísimo volumen -en montos y cantidad- de transacciones económicas. En términos cuantitativos, las compras públicas representan proporciones considerables del Producto Interno Bruto. En América Latina, constituyen cantidades que oscilan entre el 7 y el 21% del PIB.

**Cuadro 1: Participación de las compras públicas/PIB en América Latina y el Caribe (2000-2012), Fuente: Secretaría Permanente del SELA, Caracas, Venezuela, 2014.**

(Porcentaje del PIB)	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
<b>País</b>													
Argentina	14	14	12	11	11	12	12	13	13	15	15	15	17
Belice	13	13	14	15	14	14	14	15	16	17	16	16	-
Bolivia	15	16	16	17	16	16	14	14	13	15	14	14	13
Brasil	19	20	21	19	19	20	20	20	20	21	21	21	21
Chile	12	12	12	11	11	10	10	10	11	13	12	12	12
Colombia	17	17	16	16	16	16	16	16	16	17	17	16	17
Costa Rica	13	14	15	14	14	14	14	13	14	17	18	18	18
Ecuador	9	9	10	11	11	11	11	11	12	14	13	13	13
El Salvador	<b>10</b>	<b>9</b>	<b>9</b>	<b>11</b>	<b>11</b>	<b>11</b>	<b>11</b>						
Guatemala	7	10	10	10	9	8	8	9	9	10	10	10	11
Honduras	13	15	15	15	15	16	15	17	17	19	18	16	16
México	11	11	11	11	11	11	11	11	11	12	12	12	12
Nicaragua	9	9	9	9	9	9	9	8	8	8	8	9	9
Panamá	13	14	15	14	14	13	12	11	10	13	13	12	10
Paraguay	11	10	9	9	9	9	10	9	9	11	10	10	12

<sup>59</sup> El artículo 1 de la Constitución de El Salvador establece que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado (...)”.

<sup>60</sup> Resolución de la dicotomía Estado-mercado.

Perú	11	11	10	10	10	10	10	9	9	10	10	9	10
República Dominicana	8	8	9	7	6	7	7	7	8	8	8	7	8
Uruguay	12	12	12	12	11	11	11	11	12	13	13	13	14
Venezuela	12	14	13	13	12	11	12	12	12	14	11	12	12

## 5.2. Sistema Nacional de Adquisiciones (SNA)

Tradicionalmente, la relevancia de las compras públicas ha sido reducida a la de un mero “input administrativo” dentro de la implementación de políticas públicas y de la gestión gubernamental; sin embargo las nuevas tendencias de modernización y profesionalización del sector público, reconocen el valor estratégico de las compras públicas y el impacto que estas tienen en la calidad y oportunidad con la que el Estado entrega servicios públicos a sus habitantes. En distintos países han comenzado a utilizarse como herramienta para el fomento de sectores vulnerables<sup>61</sup> (Pymes) o para la modificación de prácticas industriales y de consumo indeseables (trabajo infantil, discriminación, contaminación etc.)<sup>62</sup>. Dada su importancia, cada nación cuenta con un Sistema Nacional de Adquisiciones (SNA), el cual en la mayoría de países posee una misma estructura básica, y en el caso particular de El Salvador, contiene los siguientes elementos:

### 5.2.1. Marco Normativo

**1.1.** Constitución de la República de El Salvador.

**1.2.** Tratados de Libre Comercio con Capítulos o disposiciones sobre compras públicas. También se encuentran los contratos de préstamo y convenios de donación que contienen normas para la ejecución de fondos.

<sup>61</sup> Existen dos tipos de políticas de fomento para las Pymes en las compras públicas (horizontales y verticales). Las primeras están dirigidas a paliar fallas de mercado como barreras de participación, mientras que las segundas implican una intervención directa del Estado mediante el establecimiento de preferencias para las Pymes en las compras públicas. En América Latina Chile es pionero en políticas horizontales exitosas y Brasil en políticas verticales.

<sup>62</sup> Para conocer más ver <http://www.pnuma.org/english/resourceefficiency/Compras%20Sustentables.php>.

**1.3.** Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -LACAP-.

**1.4.** Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -RELACAP-.

**1.5.** Política Anual de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y Políticas de gasto público emitidas por el Ministerio de Hacienda.

**1.6.** Guías, Manuales e Instructivos emitidos por la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -UNAC-.

### **5.2.2. Instituciones que lo reglamentan y lo supervisan**

**5.2.2.1. Reglamentación y rectoría:** Corresponden a la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -UNAC-, la cual según lo establecido por los artículos 6 y 7 de la Ley LACAP, funcionará bajo los principios de centralización normativa y descentralización operativa<sup>63</sup>, estará adscrita al Ministerio de Hacienda y gozará de autonomía funcional y técnica.<sup>64</sup>

**5.2.2.2. Supervisión y control:** Corresponde al Sistema Nacional de Control y Auditoría de la Gestión Pública<sup>65</sup>, el cual es regido por la Corte de Cuentas de la República y cuya principal misión es ejercer la fiscalización y control de la Hacienda Pública en General y de la ejecución del Presupuesto Público en Particular.

---

<sup>63</sup> Para más información sobre los principios, véase artículo 3, letra h) del Reglamento de la LACAP.

<sup>64</sup> La dependencia orgánica y presupuestaria del ente rector al poder ejecutivo en el ramo de Hacienda, puede llegar a soslayar la autonomía funcional y técnica con que la Ley enviste al ente rector.

<sup>65</sup> El Sistema comprende: Las entidades y organismos encargados de ejecutar las acciones de control (interno y externo), el conjunto de normas aplicables a las entidades del sector público y sus servidores para el examen de su gestión y para el descargo de sus responsabilidades; las medidas necesarias para precautelar y verificar el uso eficiente y económico de sus recursos. Para más información véanse Arts. 22 y 23 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República.

### **5.2.3. Entidades operativas**

Entidades que comprometan fondos públicos en adquisiciones y contrataciones de conformidad a lo establecido en la constitución y Leyes respectivas, incluyendo los provenientes de los fondos de actividades especiales.<sup>66</sup>

- ✓ 262 Gobiernos Municipales;
- ✓ 30 Hospitales Nacionales;
- ✓ 25 Instituciones de Gobierno Central;
- ✓ 65 Instituciones Oficiales Autónomas
- ✓ 4 Empresas Públicas;
- ✓ Instituciones privadas con subvención presupuestaria del Estado<sup>67</sup>.

### **5.2.4. El mercado**

Particulares que participan como proveedores y contratistas en los distintos procesos de compras:

**5.2.4.1.** Personas Naturales;

**5.2.4.2.** Personas Jurídicas;

**5.2.4.3.** Nacionales;

**5.2.4.4.** Extranjeros;

**5.2.4.5.** Consorcios, socios, participación conjunta, Unión de Personas, Joint Venture<sup>68</sup>.

### **5.2.5. Beneficiarios**

Ciudadanía que paga los costos y recibe los resultados e impacto de un buen o mal desempeño sistema:

- ✓ Contribuyentes (empresarios, asalariados, consumidores);

---

<sup>66</sup> Art. 2 Literal c) Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

<sup>67</sup> Se consultaron varias fuentes oficiales y no se pudo contabilizar el número de instituciones que reciben financiamiento público.

<sup>68</sup> Todos son términos sinónimos y a efectos del presente trabajo, se entenderá como un contrato privado a través del cual dos o más personas se unen para aumentar sus capacidades para ganar la adjudicación y ejecutar un contrato público.

- ✓ No Contribuyentes (sector informal, personas económicamente inactivas etc.)

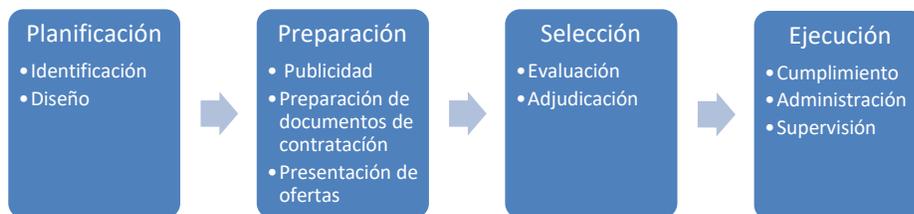
Los anteriores elementos se interrelacionan entre sí, mantienen una integración estable, cuentan con un orden subyacente y como conjunto, persiguen como objetivo común la adquisición de los bienes, obras y servicios necesarios para que el Estado salvadoreño cumpla con sus fines.<sup>69</sup>

**Gráfico 7: Elementos del Sistema Nacional de Adquisiciones Salvadoreño**



Las compras públicas, constituyen una actividad cíclica que tiene su origen en la planificación y su conclusión en la liquidación de las adquisiciones. Todo ciclo de contratación pública en general y todo procedimiento de compra en particular, se estructura de las etapas de: **i.** Planificación. **ii.** Preparación. **iii.** Selección del Contratista. y **iv.** Ejecución del Contrato. En la mayoría de compras, las sub etapas son las siguientes:

**Gráfico 8: Etapas del procedimiento de compra pública\***



<sup>69</sup> Teoría General de los Sistemas, Stafford Beer.

\* En el capítulo VII, se describirá de manera más amplia cada sub etapa y paso del procedimiento de contratación en El Salvador.

### 5.3. Atributos del Sistema Nacional de Adquisiciones

El Sistema Nacional de Adquisiciones debe estructurarse en función de impulsar el ciclo de contratación, para que el mismo se desarrolle de manera *legal, transparente, eficaz y eficiente*; manteniendo al ciudadano como eje del mismo. Cabe señalar que la legalidad puede constituirse como piedra angular o como óbice para el despliegue de los atributos de eficiencia, eficacia y transparencia; empero el Estado de Derecho es innegociable, por lo que las normas deben ser de fácil aplicación y sin discrecionalidad excesiva. Por su parte, el ente rector debe capacitar sistemáticamente a los actores en la aplicación del marco normativo y paralelamente monitorearlo para que -cuando en el curso normal y cambiante de la dinámica social-, este se aleje del cumplimiento de los fines del sistema, identificar y promover antes las instancias correspondientes, las reformas al mismo.

**Gráfico 9: Ciclo y atributos esenciales de las compras públicas.**



La corrupción es contraria a los atributos esenciales de todo Sistema Nacional de Adquisiciones. Compromete la eficiencia y la eficacia de los procesos adquisitivos, es incompatible con la transparencia y -en la mayoría de los casos- riñe con la legalidad<sup>70</sup>. Verbigracia, si una empresa constructora, para ganar la adjudicación de una obra, tuvo que pactar una comisión con autoridades o empleados de la entidad contratante, pueden recrearse los siguientes escenarios:

**i.** El Estado recibe una obra con especificaciones técnicas inferiores a las contratadas, poniéndose en riesgo la seguridad e integridad de la ciudadanía.

**ii.** El Estado recibe una obra con especificaciones equivalentes a las contratadas, pero con un sobreprecio con cargo al erario público (comisión para el funcionario corrupto).

**iii.** El Estado recibe una obra sin las especificaciones contratadas y además pagando un sobreprecio por la comisión pactada con el funcionario corrupto.

*Claramente, en ningún escenario encontramos **eficiencia ni eficacia** y en todos ellos, el principal afectado es la ciudadanía, que de manera directa o indirecta financia las obras y programas sociales, mediante el pago de sus impuestos.*

Por otra parte, para prevenir y detectar prácticas de corrupción, es necesaria **transparencia** en la toma de decisiones y acceso irrestricto a los expedientes de contratación. Si en un gobierno local, se han detectado cincuenta necesidades de infraestructura, pero el Alcalde carece de criterios y parámetros objetivos para determinar en cuales se ejecutara el presupuesto, **¡nos encontramos frente a un problema de transparencia!** Si en una licitación pública, los pliegos permiten que el Comité Evaluador adopte “*decisiones discrecionales*” respecto a la calificación de ofertas, sin establecer parámetros para objetivar las decisiones **¡Es un problema de transparencia!** Si la

---

<sup>70</sup> No existe una categorización mundialmente aceptada de corrupción. En algunos países son consideradas lícitas, conductas que en otros, son punibles.

Ley otorga a los funcionarios un alto grado discrecionalidad para la aplicación de procesos no competitivos **¡Es un problema de transparencia!**<sup>71</sup>

Finalmente, es necesario contar con un marco jurídico y un sistema judicial que prevenga y castigue las prácticas corruptas. *Corrupción* y *legalidad* deberían ser siempre conceptos antagónicos, pero no basta con que toda práctica corrupta sea ilegal, ya que un marco normativo adecuado o una “buena y moderna legislación” que carece de institucionalidad fuerte y de un estado de derecho consolidado que la respalde, jamás cumplirá con sus objetivos. Sobre este punto es oportuno señalar que el Sistema Nacional de Adquisiciones y Contrataciones, se encuentra estrechamente interrelacionado con el Sistema Nacional de Administración de Justicia, con el Sistema Nacional de Auditoría y con el Sistema Nacional de Administración Financiera, por lo que cualquier abordaje por fortalecer el combate a la corrupción en las compras públicas, requiere de los esfuerzos integrados de los Sistemas vinculados con dicha actividad estatal.

Considerando que el enfoque de la investigación es de tipo preventivo<sup>72</sup> y se enmarca en la detección de aspectos vulnerables, no se ahondará en el estudio de los demás Sistemas Nacionales. Bastará entonces con aclarar que el abordaje del problema -como política de Estado- debe ser integral y no sectorial, ni mucho menos institucional. No debe caerse en el error de suponer que si una cartera de Estado, tiene una buena percepción ciudadana, esto significa que en ella no exista corrupción; tampoco se ha de inferir que los funcionarios que ejecutan procedimientos con alto grado de vulnerabilidad de corrupción, son corruptos.

---

<sup>71</sup> En situaciones excepcionales como la atención de emergencias por “desastres naturales” es justificable la aplicación de procesos no competitivos; siendo en estos casos donde se requiere mayor transparencia y rendición de cuentas.

<sup>72</sup> El carácter preventivo del abordaje, no soslaya que las contralorías sociales e institucionales, puedan tomar el mapa de riesgos del contrato de obra pública y utilizarlo como hoja de ruta para investigación de tipo forense.

Tanto la percepción ciudadana, como las vulnerabilidades de corrupción latentes, son indicadores útiles para que las distintas contralorías institucionales y sociales, dirijan sus esfuerzos.

#### **5.4. Percepción ciudadana sobre la corrupción en El Salvador**

A pesar de contar con legislación e instituciones encargadas de prevenir y combatir la corrupción<sup>73</sup>, las cuales todos los años muestran optimismo en sus rendiciones de cuentas, según el Barómetro Global de Corrupción publicado por Transparencia Internacional, el estudio sobre El Salvador<sup>74</sup> arrojó los siguientes resultados:

**Cuadro 2: Resultados del Barómetro Global de Corrupción para El Salvador (año 2013).**

<b>Percibe como corrupto</b>	<b>Porcentaje</b>
Partidos políticos	85%
Parlamento	70%
Militares	55%
Medios de comunicación	45%
ONG'S	36%
Entidades religiosas	31%
Negocios	46%
Sistema educativo	40%
Órgano Judicial	81%
Servicios de atención y salud	37%

<sup>73</sup> Corte de Cuentas de la República, Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal de Ética Gubernamental, Instituto de Acceso a la Información Pública y Secretaría de Transparencia y Anticorrupción de la Presidencia de la República.

<sup>74</sup> Medición correspondiente al año 2013, para conocer más véase [http://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=el\\_salvador](http://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=el_salvador)

Policías	87%
Funcionarios y empleados públicos*	76%

\* A pesar de que no existen estudios específicos sobre la percepción de corrupción dentro del Sistema Nacional de Adquisiciones, se infiere que la percepción de corrupción sobre dicho sistema, sería similar a la percepción negativa que se tiene sobre el sector público en general.

Muchos autores critican los estudios de percepción por su falta de “tacto”; sin embargo en un país donde el sistema judicial, el parlamento y los partidos políticos -vehículos hacia el poder público por antonomasia- son percibidos de forma tan negativa por la ciudadanía y donde el Índice Global de Impunidad, ha detectado que la mayoría de criminales no son juzgados ni condenados; resulta evidente *la imposibilidad* de cuantificar la magnitud real del problema de la corrupción sobre la base de casos judicializados y con condena en firme. Por todo lo anterior, el barómetro es la mejor herramienta actual para detectar y cuantificar una problemática latente, cuyas raíces subyacen en una histórica debilidad democrática e institucional.

A pesar que la presente investigación no pretende ser exhaustiva en cuanto a las causas de la corrupción, dicho flagelo tiene sus raíces en las deficiencias de los sistemas democráticos. El ejercicio del poder en un sistema democrático debe estar *orientado al bienestar común* alcanzado mediante la ejecución de políticas públicas construidas sobre la base de la deliberación e intercambio de posiciones e ideas de los representantes del pueblo y -en la medida de lo posible- de la participación de los representados. Cuando hay corrupción, existe una desviación en el fin del ejercicio del poder, orientándolo a la obtención de beneficios particulares.

Habiendo establecido los elementos, principios, funciones y relaciones del Sistema Nacional de Adquisiciones, es necesario - a partir de criterios de relevancia política y económica- ubicar la presente investigación dentro de la contratación de obra pública en El Salvador.

Los programas de obras públicas, son considerados una herramienta de seguridad contra diversos trastornos que frenan el desarrollo de los países, tales como la vulnerabilidad ante la pobreza y el incremento de la mano de obra de los trabajadores de la industria de la construcción, por lo que el objeto primario de los programas consiste en proveer de una fuente de ingreso a través de la instrumentación de proyectos temporales de empleo, que para promover el gasto se complementan a largo plazo con programas de desarrollo de infraestructura y capacitación.<sup>75</sup> Además de la importancia estratégica de las obras públicas en los planes de desarrollo de mediano y largo plazo, en términos fiscales, constituyen los contratos que representan mayores erogaciones estatales y en el caso de los países en vía de desarrollo, suelen incluso requerir de financiamiento externo, el cual dada la fragilidad de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones, requieren un costo adicional para el manejo del préstamo, ya que los organismos financieros deben participar activamente en la ejecución de los fondos, mediante su personal y normativa procedimental.

---

<sup>75</sup> Clase 2, Contrato de Obra Pública, Maestría en Compras Públicas, Universidad San Martín, profesor Javier Dávila.

## Capítulo VI

### Contratación de Obra Pública en El Salvador

#### 6.1. Programa de obra pública

Los programas de obras públicas, son considerados una herramienta de seguridad contra diversos trastornos que frenan el desarrollo de los países, tales como la vulnerabilidad ante la pobreza y el incremento de la mano de obra de los trabajadores de la industria de la construcción, por lo que el objeto primario de los programas consiste en proveer de una fuente de ingreso a través de la instrumentación de proyectos temporales de empleo, que para promover el gasto se complementan a largo plazo con programas de desarrollo de infraestructura y capacitación.<sup>76</sup>

Actualmente, El Salvador se encuentra en una delicada situación fiscal<sup>77</sup>, lo que obliga a que -entre otras medidas- la administración pública aumente los niveles de recaudación tributaria y reduzca el gasto público. Para que esta reducción no impacte a los sectores más vulnerables, es necesario aumentar la eficiencia en la ejecución presupuestaria, depurando el Sistema Nacional de Adquisiciones a través de la detección y eliminación de fugas de recursos que por diversas causas se pierden a lo largo del ciclo de contratación pública. Si antes se requerían USD \$ 100 mil para construir un kilómetro de carretera, en un proceso libre de corrupción deberían necesitarse USD \$ 80 mil.

Considerando que las compras por precios altos que realiza el Estado obedecen a una multiplicidad de factores que van desde fallas del mercado como asimetrías de información, falta de competencia, pagos tardíos, aversión al riesgo etc. hasta a problemas de funcionamiento del

---

<sup>76</sup> Clase 2, Contrato de Obra Pública, Maestría en Compras Públicas, Universidad San Martín, profesor Javier Dávila.

<sup>77</sup> Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales. Para diciembre de 2015, el nivel de endeudamiento público era del 55.4% del PIB.

Estado como el populismo o la corrupción, para efectos del presente trabajo, interesa únicamente la reducción de posibilidades de fuga de recursos ocasionadas por corrupción.

Antes de desarrollar la contratación de obra pública en El Salvador, serán expuestas *nociones básicas sobre los bienes públicos, el concepto de obra pública (doctrinario y legal), el concepto de contrato de obra pública y el proceso de contratación de obra pública.*

## **6.2. Clasificación de los bienes**

Existen vastas clasificaciones doctrinarias sobre los bienes, pero únicamente se resaltaré aquella que se realiza en atención al derecho de propiedad (1) y a las características físicas de los mismos, específicamente a su capacidad de movilización (2).

### **6.2.1. Clasificación de los bienes según su propietario**

El artículo 84 de la Constitución de la República, establece los límites territoriales dentro de los cuales ejerce soberanía el Estado salvadoreño y se conforma por espacio aéreo, suelo, subsuelo, la plataforma continental e insular, el mar, el subsuelo y lecho marino. En atención a su propietario, dentro de dichos límites territoriales encontramos dos (2) tipos de bienes:

**i. Nacionales:** Aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.<sup>78</sup>

**i.i. Bienes Nacionales de Uso Público:** su utilización pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

---

<sup>78</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Definitiva, Proceso 95-D-2003 y Art. 571 Código Civil.

**i.ii. Bienes Nacionales Fiscales:** su uso no pertenece generalmente a los habitantes. Dentro de esta categoría encontramos equipos de oficina, inmuebles administrativos, patrullas de la policía, cárceles etc.

**ii. Privados:** Aquellos cuyo uso, goce y disposición pertenece a los particulares.

### **6.2.2. Clasificación de los bienes en atención a su movilidad**

**i. Bienes inmuebles<sup>79</sup>:** Son bienes inmuebles o raíces las tierras y los edificios y construcciones de toda clase adherentes al suelo.

Forman parte de los inmuebles las plantas arraigadas en el suelo, los frutos pendientes, los yacimientos de las minas, las puertas, ventanas, losas, etc., de los edificios, y en general, todos los objetos naturales o de uso u ornamentación que estén unidos de una manera fija y estable a los bienes raíces, de suerte que formen un solo cuerpo con ellos. Son asimismo bienes inmuebles los derechos reales constituidos sobre las fincas urbanas o rústicas.

**ii. Bienes muebles:** Son bienes muebles todas las cosas corporales y los derechos no comprendidos en la definición anterior.

Con base a las dos categorías de bienes expuestas, tenemos seis (6) sub tipos de bienes a saber<sup>80</sup>:

#### **1. Bienes nacionales.**

**1.1.** Bienes inmuebles de uso público.

**1.2.** Bienes inmuebles fiscales.

---

<sup>79</sup> Definición tomada del Art. 561 del Código Civil de El Salvador.

<sup>80</sup> Se utiliza una categorización clásica que no incluye bienes en co propiedad entre el Estado y los particulares, como lo son aquellos que pertenecen a las sociedades de economía mixta (participación accionaria privada y estatal).

**1.3.** Bienes muebles de uso público.

**1.4.** Bienes muebles fiscales.

## **2. Bienes privados.**

**2.1.** Bienes inmuebles

**2.2.** Bienes muebles.

Los bienes **inmuebles nacionales** pueden existir como producto espontáneo de la naturaleza, tal como los bosques, cerros, volcanes, playas, lagos, etc. o mediante creación o intervención del ser humano. Es en esta última categoría que realizamos nuestra primera aproximación al concepto de obra pública.

### **6.3. Concepto de Obra Pública**

Considerando que en la legislación salvadoreña no encontramos un concepto de obra pública, se estudiarán fuentes doctrinarias y técnicas para construir una noción conceptual.

El término “obra pública” no es empleado con un significado único: La simplificación del lenguaje ha hecho que se designe con tal nombre a dos conceptos jurídicos que, si bien están relacionados en alguna medida, tienen sin embargo fundamentales diferencias entre sí. Esto son “obra pública” y “contrato de obra pública”.

Para Agustín Gordillo<sup>81</sup> los elementos de la noción de “obra pública” son cuatro: 1) Se trata de una cosa inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre -por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza-, 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general. De lo anterior que define a la obra pública

---

<sup>81</sup> Obra Pública y Contrato de Obra Pública, Argentina, 1964.

como “Cosa mueble o inmueble construida para utilidad o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal”<sup>82</sup>.

Desde una perspectiva más técnica que jurídica, el Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano de El Salvador (MOP)<sup>83</sup>, postula los siguientes conceptos complementarios:

“(…) **OBRA.** Infraestructura ejecutada en un área de trabajo, teniendo como base un expediente técnico aprobado, empleando recursos de mano de obra, materiales y equipo.

**OBRA PÚBLICA.** Obra que ejecuta en forma directa o indirecta una entidad del Estado con la finalidad de servir al público. (…)

De lo anterior que la obra pública puede ser concebida como la *Infraestructura ejecutada en forma directa o indirecta una entidad del Estado con la finalidad de servir al público, en un área de trabajo, teniendo como base un expediente técnico aprobado, empleando recursos de mano de obra, materiales y equipo.* Nótese que convergen todos los elementos del concepto jurídico doctrinario postulado por Gordillo a excepción de la vinculación entre la obra y el dominio o propiedad ejercida por el Estado, lo cual no es relevante ya que la finalidad del MOP es la construcción de un glosario de términos técnicos relacionados con los procesos constructivos. El elemento coincidente sobre el -que por su vinculación con el desarrollo lógico del presente capítulo- se hará énfasis es que la obra pública implica una creación humana, la cual básicamente puede desarrollarse de las siguientes formas:

---

<sup>82</sup> Véase Obra Pública y Contrato de Obra Pública, Párrafo 1.3.

<sup>83</sup> Compendio de categorías y definiciones aplicables a la obra pública, año 2015, Pág. 36.

- a) Inmueble construido de manera privada y posteriormente nacionalizado bajo cualquier título (confiscación, expropiación, donación, permuta, etc.)
- b) Inmueble construido por la administración pública por cuenta propia. Esta modalidad es conocida como “obras en administración” y es utilizada mayormente por pequeños gobiernos locales. La administración pública compra los materiales y con sus propios recursos desarrolla los trabajos, lo cual incluye diseño, maquinaria, mano de obra etc.
- c) Inmueble construido por particulares por encargo de la administración pública. En este caso - *a través de un procedimiento de selección-*, el Estado contrata a una empresa constructora para que desarrolle los trabajos a cambio del pago de un precio que puede ser pactado bajo distintas modalidades. Dentro de esta categoría se encuentran también algunas modalidades de concesión de obra pública y de socios público-privados.
- d) Inmueble construido de manera conjunta entre particulares y administración pública. En esta clasificación se incluyen las obras construidas por empresas públicas con participación público-privada y también algunas modalidades de socio público-privados.

De la anterior clasificación se desarrollará la categoría *c)*, específicamente cuando el Estado contrata a una empresa constructora para que desarrolle los trabajos a cambio del pago de un precio.

## **6.4. Contrato de obra pública**

### **6.4.1. Marco legal**

Existe una gran cantidad de doctrina alrededor de este concepto, pero por cuestiones metodológicas eminentemente pragmáticas, se desarrollará únicamente el concepto legal en El

Salvador. Para ello será expuesto todo el contexto jurídico desde la norma primigenia y suprema (Constitución de la República) hasta los instrumentos normativos de menor jerarquía (documentos de contratación o actos preparatorios<sup>84</sup>). La ordenación de las fuentes se realizará en apego a la clasificación básica conocida como “pirámide de Kelsen”.<sup>85</sup>

La Constitución de la República, en su artículo 234 establece que “Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la Ley.”

Por su parte, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP)<sup>86</sup> tiene por objeto establecer las normas básicas que regularán las acciones relativas a la planificación, adjudicación, contratación, seguimiento y liquidación de las adquisiciones de obras, bienes y servicios de cualquier naturaleza, que la administración pública deba celebrar para la consecución de sus fines.

En complemento a la anterior fuente normativa, el Reglamento de la LACAP tiene como fin la regulación, desarrollo y facilitación de la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en lo relativo a la planificación, adjudicación, contratación, seguimiento y liquidación de obras, bienes y servicios de cualquier naturaleza y dentro del ámbito de aplicación de la Ley, respetando los criterios de eficiencia y calidad en los procesos de contratación de la Administración Pública.

---

<sup>84</sup> Art. 41 LACAP, “Actos Preparatorios”, la entidad contratante debe elaborar instrumentos normativos dentro de los cuales se encuentran los Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas, Bases de Licitación y Bases de Concurso.

<sup>85</sup> Hans Kelsen, La **Teoría pura del Derecho** (*Reine Rechtslehre*).

<sup>86</sup> Art. 1 “Objeto de la Ley, Principios y Valores”.

Un escalafón por debajo del Reglamento, se encuentra la Política Anual de Adquisiciones y Contrataciones, la cual es emitida por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Hacienda. Luego se sitúan los distintos instrumentos normativos emitidos por la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC), dentro de los cuales tenemos: Políticas, Lineamientos Generales, Instructivos, Manuales, Guías etc.

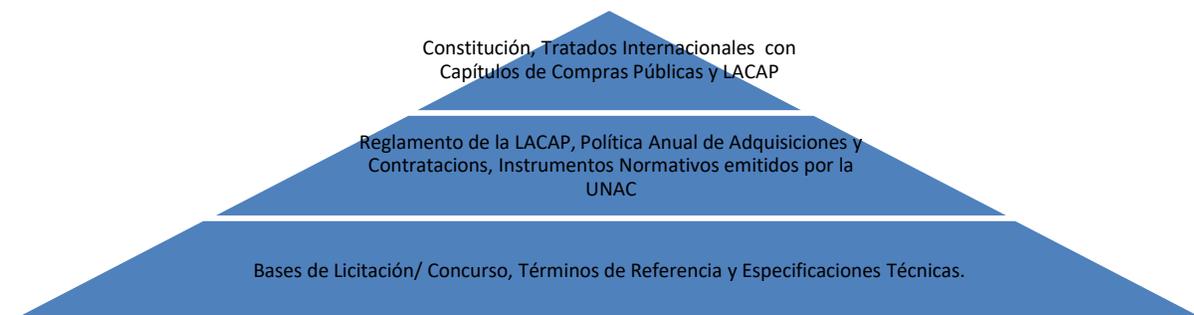
Es oportuno señalar que todas las fuentes citadas hasta el momento, son normativas de carácter general y abstracto de tipo orgánico y/o programático, que requieren ser materializadas a través de la emisión de Bases de Licitación, las cuales vincularán jurídicamente al Estado y a las empresas oferentes y contratistas<sup>87</sup>.

El artículo 43 LACAP establece que “Previo a toda licitación o todo concurso, deberán elaborarse las bases correspondientes, las que **sin perjuicio de las Leyes o Reglamentos aplicables, constituyen el instrumento particular que regulará a la contratación específica**. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones”. De lo anterior que el legislador constituye las Bases de Licitación como instrumento normativo específico y primario para cada procedimiento de contratación, no con ello olvidando su carácter de normativa subordinada a otras fuentes del derecho de mayor jerarquía.

---

<sup>87</sup> Se utiliza el término en su sentido genérico como instrumento normativo de contratación, ya que en sentido estricto las Bases de Licitación únicamente son utilizadas en los procedimientos de contratación promovidos por Licitación Pública.

**Gráfico 10: Jerarquía Normativa en las Compras Públicas.**



Considerando que para el cumplimiento de sus fines, el Estado desarrolla multiplicidad de políticas públicas y que para la ejecución de las mismas, se requiere adquirir obras, bienes y servicios en distintos mercados locales e internacionales, el pretender una regulación exhaustiva en la LACAP sería absolutamente contraproducente para los fines de la misma. De tal suerte que la técnica legislativa utilizada en las compras públicas es la delegación o remisión normativa.

#### **6.4.1.1. Remisión normativa**

El artículo 234 de la Constitución establece que “cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos **determinados por la Ley**”. Dicha prescripción denota que -para las compras públicas- desde la norma “madre” se realiza una remisión normativa hacia una fuente de menor jerarquía.

A continuación se realizan algunas acotaciones sobre esta técnica normativa:

Nuestra Constitución y su ordenamiento jurídico derivado, en términos generales, contiene normas dirigidas a los ciudadanos y normas dirigidas a los funcionarios. Entre estas últimas, se encuentran las normas sobre producción jurídica, a partir de las cuales se puede determinar el

órgano competente, el procedimiento y los límites materiales para la creación de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Entonces, todo el ordenamiento infraconstitucional puede calificarse de “producción derivada”, siendo creado desde parámetros constitucionales de forma y contenido.

De este modo, la Constitución genera distintos tipos de normas, que también se originan en diferentes órganos. Así, por ejemplo, la Constitución atribuye competencia para producir normas jurídicas a la Asamblea Legislativa (131 ord. 5°), al Presidente de la República (168 ord. 14°) y a los Concejos Municipales (204 ord. 5°), a la Corte de Cuentas (195 ord. 6°) -entre otros-. Ello es una muestra más de que, en los Estados de Derecho contemporáneos, el Órgano Legislativo ha dejado de tener el monopolio de la producción jurídica, compartiéndola con otros órganos y entidades, particularmente con la administración.

Sin embargo, en la estructuración escalonada de las fuentes de derecho -emisiones jurídico-prescriptivas de los entes con potestad normativa- la Ley sigue ocupando un lugar privilegiado, a partir de los principios de publicidad, pluralismo y libre debate que rigen su procedimiento de formación. Dichos principios son consustanciales al valor epistémico de la democracia desarrollados en el capítulo II.

#### **6.4.1.1.1. Reserva de Ley**

Este privilegio o centralidad de la Ley –como explica Juan Alfonso Santamaría Pastor<sup>88</sup>– supone: (i) que la Ley es factor central de estructuración y definición del ordenamiento jurídico; y (ii) que los aspectos más relevantes del sistema normativo son regulados por Leyes formales; es decir emitidas por el poder legislativo.

---

<sup>88</sup> Fundamentos de Derecho Administrativo (Tomo I).

La zona de reserva de Ley no significa –como apresuradamente podría pensarse– que el poder legislativo es el único órgano del Estado con competencia para dictar normas, puesto que -como ya se apuntó- existen otros órganos y entes públicos a los que la Constitución y el ordenamiento jurídico reconoce potestad normativa. Significa, más bien, que hay un conjunto de materias que, por así establecerlo la Constitución, le corresponden exclusivamente a la Asamblea Legislativa.

En este contexto, la “reserva de Ley” es una técnica de distribución de potestades normativas a favor de la Asamblea Legislativa, en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos. Ahora bien, es de hacer notar que la Constitución no enumera ni explicita cuáles son las materias sometidas a reserva de Ley. No puede entenderse que cada vez que el constituyente utiliza el vocablo “Ley”, mande a regular la materia respectiva mediante decreto de contenido general emanado de la Asamblea Legislativa, ya que ello implicaría desconocer las potestades normativas que la misma Constitución reconoce a otros órganos estatales y entes públicos.

La reserva de Ley, de acuerdo a la doctrina europea –en especial, la italiana–, puede funcionar de dos maneras distintas: como una “reserva absoluta” o como una “reserva relativa”.

La reserva absoluta implica que la Ley en sentido formal regula por sí misma toda la materia reservada, de tal suerte que queda completamente exenta de la acción del Ejecutivo y los entes autónomos y, en consecuencia, de sus productos normativos<sup>89</sup>. En cambio, la reserva relativa implica que la Ley en sentido formal no prohíbe totalmente el acceso a la misma de otras potestades normativas, admitiendo su colaboración.

---

<sup>89</sup> Existe reserva absoluta en materia de creación de tributos (131 Ord. 6° Cn), ratificación de Tratados Internacionales (131 Ord. 7° Cn), aprobar anualmente el Presupuesto General de la Nación (131 Ord. 8° Cn) entre otros.

En los casos de reserva relativa, entonces, la Ley se limita a establecer lo básico de la materia, remitiendo sus aspectos complementarios a otras fuentes del Derecho inferiores, aunque la Ley debe establecer los criterios y directrices de la regulación subordinada, así como una delimitación precisa de su ámbito. Es decir que la norma remitente renuncia deliberadamente a agotar toda la regulación y, consciente de ello, llama a otra norma para que la complete.

La disposición remitente debe cumplir los siguientes requisitos: **(i)** una regulación sustantiva de la materia, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva; **(ii)** la determinación de unas instrucciones, criterios o bases que, sin llegar a suponer una regulación agotada, resulten lo suficientemente expresivos como para que, a partir de ellos, pueda luego desarrollarse la normativa; **(iii)** una habilitación –expresa o tácita– a una norma inferior a la Ley para que efectúe una regulación de la materia, que, sin esta habilitación, resultaría inconstitucional, y cuya realización no ha de exceder las instrucciones legales. Por su parte, la normativa delegada debe respetar los límites establecidos por norma remitente.

Desde la perspectiva jurídica, la potestad normativa supone el ejercicio de poderes propios de la Administración, las cuales derivan directamente de la Constitución; y puede decirse que ésta otorga a la Administración la potestad reglamentaria, considerando que su funcionamiento normal y cotidianamente dinámico la requiere como un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines. Y es que, frente a la solemnidad y rigidez en el funcionamiento del Órgano Legislativo, se opone la habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria. En efecto, la potestad reglamentaria se justifica ante la imposibilidad de gobernar una sociedad tan compleja como la actual, sin una Administración eficaz que disponga para ello de una extensa gama de poderes, -uno de los cuales ha de ser, sin duda, la potestad normativa-. Es así cómo en la actualidad la producción normativa se ha expandido, tanto en su volumen como en los ámbitos regulados.

Es importante hacer notar que las normas subordinadas, pueden regular cuestiones de detalle o técnicas, de las que la Ley, por su carácter general y vocación de permanencia, no puede ni debe ocuparse.

#### **6.4.1.2. Remisión normativa en las Compras Públicas**

La Constitución establece como principio general, la obligación del Estado de contratar a través de procedimientos de Licitación Pública.

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece los principios básicos que rigen las compras públicas y establecen además competencias, procedimientos, restricciones, incentivos, sanciones y otros aspectos medulares del Sistema Nacional de Adquisiciones y Contrataciones.

El Reglamento de la LACAP, desarrolla los principios básicos establecidos en la Ley, complementándola y regulando aspectos necesarios para operativizar su aplicación.

La Política Anual de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, es una herramienta coyuntural que responde a un período determinado y que establece lineamientos a seguir por las entidades contratantes. Dicha Política se encuentra subordinada a los principios y reglas generales establecidas en la LACAP y desarrolladas por su Reglamento.

Los instrumentos normativos emitidos por la UNAC (Políticas, Lineamientos Generales, Instructivos, Manuales, Guías etc.) son de naturaleza técnica, recordando que dicha entidad ha sido creada con la finalidad de regentar el Sistema Nacional de Adquisiciones, dotándola de

autonomía técnica y encargándole que vele por el acometimiento del principio de “centralización normativa<sup>90</sup>”.

Finalmente encontramos los documentos de contratación emitidos por cada entidad contratante y recordando lo expuesto en el capítulo V, es de hacer notar que en El Salvador existen al menos 386 entidades estatales que comprometen fondos públicos en adquisiciones y contrataciones. Lo anterior es así en función del principio de descentralización operativa<sup>91</sup>, el cual junto con la centralización normativa, fueron dos de los pilares sobre los que se fundamentó la reforma al Sistema Nacional de Adquisiciones realizada a principios del año 2000<sup>92</sup>.

Considerando que cada institución es responsable por la ejecución de sus asignaciones presupuestarias y del desarrollo de sus políticas públicas, la LACAP y demás normativa derivada ha delegado en los titulares de cada institución, la responsabilidad de reglamentar cada procedimiento de compras mediante el respectivo documento de contratación<sup>93</sup>.

Retomando las reglas de remisión normativa desarrolladas en párrafos anteriores, es importante resaltar lo peligroso que es para el Sistema Nacional de Adquisiciones que la potestad normativa que el legislador ha otorgado a 386 entidades, sea materializada a través de Bases de Licitación que regulen aspectos que corresponden a fuentes de mayor jerarquía normativa o que regulen el proceso, fuera de los parámetros legales. A manera de ejemplo, los gobiernos locales podrían

---

<sup>90</sup> El Art. 3, letra h) del Reglamento de la LACAP define al principio de centralización normativa como la facultad de la UNAC de ejercer en forma centralizada la formulación de lineamientos o directrices de carácter normativo que requieran las UACIS en la aplicación de la LACAP y de su Reglamento.

<sup>91</sup> El Art. 3, letra h) del Reglamento de la LACAP define al principio de descentralización operativa como la facultad de las instituciones de proceder con independencia y responsabilidad en la aplicación de la LACAP y de su Reglamento.

<sup>92</sup> Antes de las reformas el Sistema Nacional de Adquisiciones tenía una centralización operativa -ejercida principalmente por la Proveeduría General de la República- y una heterogeneidad de normas dispersas.

<sup>93</sup> Bases de Licitación, Bases de Concurso, Términos de Referencia y Especificaciones Técnicas, son instrumentos normativos de la misma naturaleza y jerarquía y la utilización de uno u otro depende del tipo de procedimiento de contratación a ejecutar por la entidad de contratación.

establecer barreras de entrada, sanciones y otras regulaciones que desincentiven la libre competencia en beneficio de la corrupción.

#### **6.4.2. Concepto legal de contrato de obra pública**

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública en su artículo 84, define al contrato de obra pública como *aquel que celebra una institución con el contratista, quien por el pago de una cantidad de dinero se obliga a realizar obras o construcciones de beneficio o interés general o administrativas, sea mediante la alteración del terreno o del subsuelo, sea mediante la edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación, o por cualquier otro medio. En dicho contrato también se incluirán obras públicas preventivas y/o para atender las necesidades en caso de estados de emergencia, que busquen mitigar riesgos, restablecer conexiones viales o realizar cualquier obra o construcción necesaria para reducir la vulnerabilidad frente a fenómenos naturales.*

Del análisis del concepto legal se concluye que:

- i.** El Estado contrata a un particular, por tanto se trata de un contrato bilateral entre un sujeto de derecho público y un sujeto de derecho privado.
- ii.** Se pacta un precio, lo que lo convierte en un contrato oneroso. En este punto es importante señalar que la determinación del precio se realiza a través de un sistema de subasta de una postura en sobre cerrado, dentro de un procedimiento de contratación pública.
- iii.** El contratista se obliga a realizar obras o construcciones de beneficio o interés general o administrativas. Esta distinción entre construcciones de beneficio o interés general y construcciones administrativas obedece a la distinción entre bienes inmuebles públicos y bienes

inmuebles fiscales. Así tenemos que mientras una carretera es de beneficio o interés general, una instalación militar es un inmueble fiscal.

**iv.** Tiene multiplicidad de objetos, dentro de los cuales encontramos:

- a) Alteraciones del suelo y del subsuelo.
- b) Construcción, edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación de inmuebles.

En complemento al concepto dado por la LACAP, el Reglamento de dicha norma, indica que pertenecen a la categoría de contrato de obra pública aquellos que tienen por objeto:

- a) Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;
- b) Los trabajos de infraestructura agropecuaria, tales como: adecuación parcelaria, obras de riego y drenaje, canales de distribución, obras de protección;
- c) Obras de protección y mitigación de fenómenos naturales; y,
- d) Las obras públicas preventivas y todas aquellas obras necesarias para atender los casos relacionados con Estados de Emergencia, que busquen mitigar riesgos, restablecer conexiones viales o realizar cualquier obra o construcción necesaria para reducir la vulnerabilidad frente a fenómenos naturales.

El ciclo de contratación de la obra pública es muy similar para los distintos tipos de contrato, por lo que las vulnerabilidades de corrupción que se serán expuestas en el siguiente capítulo, podrán servir como “radiografía” de las debilidades actuales, para que la sociedad civil presione o el

mismo gobierno adopte medidas en torno a eliminar -o cuanto menos reducir- las oportunidades de corrupción, que el actual esquema jurídico-institucional otorga a los empresarios, funcionarios y empleados públicos involucrados.

Para abordar efectivamente la corrupción en la contratación de obras públicas, es necesario entender los pasos detallados de cada una de las etapas del proceso de contratación pública, el cual comienza con la planificación de la adquisición y continúa en secuencia con el diseño de las Bases de Licitación, publicidad, invitación para licitar, preparación de ofertas, presentación y apertura de ofertas, evaluación, adjudicación, formalización del contrato, ejecución y liquidación de las obras. Este proceso puede variar por el origen de los fondos, la forma de contratación adoptada, la institución ejecutora, etc.

Las entidades de cooperación y crédito internacionales, suelen contar con su propia normativa y mecanismos anti corrupción, las cuales son tan variadas, como las fuentes de financiamiento mismas. Por lo anterior y para delimitar el trabajo, cuando se hace referencia a contratación de obra pública en El Salvador, deberá entenderse a la misma bajo el régimen de la normativa interna, cuya principales fuentes son la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en adelante “LACAP” y su Reglamento “RELACAP”. El procedimiento de contratación que será analizado será el de licitación pública.

## Capítulo VII

### Los procedimientos de contratación

#### 7.1. El procedimiento administrativo

Todo contrato de obra pública que el Estado celebra, debe estar precedido de un procedimiento reglado a través del cual, se define -entre otros aspectos- el objeto, precio, plazo y la identidad del contratista. El procedimiento de contratación por antonomasia es la licitación pública, el cual se encuentra legalmente configurado para desarrollar de manera robusta, los principios de *equidad, libre competencia, publicidad, transparencia y demás que rigen la contratación gubernamental*. Es menester señalar, que toda licitación pública se rige primariamente por las bases o pliegos de licitación, lo cual constituyen una técnica de reglamentación delegada, en la cual el poder legislativo establece parámetros o reglas generales para que los titulares de las instituciones contratantes, regulen o establezcan las reglas que regirán cada procedimiento de contratación específico. Los procedimientos abiertos y competidos requieren de un llamado o convocatoria pública y contienen un sistema de evaluación de ofertas, que debe ser objetivo, mensurable y no arbitrario. Los titulares delegan en un equipo multidisciplinario, la responsabilidad de evaluar las ofertas recibidas, contrastándolas con los criterios de evaluación previamente establecidos y sobre esa base, se selecciona la mejor propuesta para el Estado, ponderando factores de calidad y precio.

Por lo anterior, se asume normativamente<sup>94</sup> que cuando en el marco de una licitación pública se adjudica un contrato, es porque el ganador representa las mejores condiciones para la institución contratante. Se colige entonces que el único mecanismo fiable para determinar la mejor opción contractual para el Estado, es la licitación pública o sus procedimientos competidos análogos.

---

<sup>94</sup> Dentro de dicha asunción normativa subyacen principios económicos vinculados a la libre competencia.

Cuando uno o más pasos del procedimiento de licitación pública son transgredidos, cuando se omite el procedimiento de licitación sustituyéndolo por uno menos riguroso o -peor aun- cuando se contrata a alguien sin proceso alguno, la administración pública corre el riesgo de contratar bajo condiciones desfavorables para ella misma. Dichas irregularidades deben atacarse, solicitando judicialmente que la adjudicación sea declarada ilegal y posteriormente mediante la persecución de los funcionarios responsables, ya sea que hayan actuado por dolo o negligencia. La sola omisión del rigor de las licitaciones públicas debería ser indicio de actos de corrupción.

Cuando se activa la alerta del posible cometimiento de actos de corrupción, los contralores deben examinar vastos expedientes de contratación de obra pública, en los cuales, salvo que haya existido una flagrante transgresión legal, es sumamente difícil encontrar irregularidades y prácticamente imposible detectar pruebas o indicios de corrupción. Cuando las auditorías *ex post* son ejecutadas, probablemente la transacción corrupta ya fue realizada y el dinero se encuentre blanqueado dentro del país o en algún paraíso fiscal.

Ante las evidentes dificultades técnicas y materiales para el combate represivo en países donde la institucionalidad es débil y el funcionamiento republicano es insipiente, la alternativa más viable es la prevención mediante -sino la eliminación- al menos la reducción sustancial de oportunidades de corrupción para los distintos actores que intervienen en la cadena procedimental de contratación de obra pública, desde la decisión de ejecutar una determinada obra, hasta la liquidación de la misma.

Para detectar cuales son los eslabones “débiles” o vulnerables a la corrupción, se utilizarán los factores que aumentan la posibilidad de corrupción, identificados por Susan Rose Ackerman, los cuales son: *poder de monopolio, amplia discrecionalidad y falta de transparencia en la toma de decisiones y falta de rendición de cuentas*. Dichos factores se convertirán en criterios de

identificación de riesgo y el paso, sub etapa o etapa vulnerable, será marcada con una bandera de alerta, que será graduada en una escala de 1-4, según el nivel de vulnerabilidad detectado.

Como se adelantó al principio de este capítulo, cada contrato de obra pública que el Estado celebra, debe ser precedido de un procedimiento reglado más o menos riguroso a través del cual se forme la voluntad contractual de la administración pública. Es oportuno recordar que a diferencia de los ciudadanos que en la mayoría de estados liberales, se rigen por el principio de libertad económica, particularmente el sub principio de libertad contractual<sup>95</sup>; el Estado se rige por el principio de legalidad, el cual en el caso de las compras públicas se manifiesta mediante el estricto sometimiento -por parte de las instituciones contratantes y empresas contratistas- a los procedimientos reglados de contratación.

Agustín Gordillo define al procedimiento administrativo como “la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa”<sup>96</sup>. Por su parte Delgadillo Gutierrez sostiene que el procedimiento “representa una unidad que está integrada por un conjunto de actos coordinados entre sí, que tienden a preparación de la expresión de la voluntad de la Administración Pública”<sup>97</sup>. Finalmente CASSAGNE, expone que el procedimiento administrativo es “una serie de actos entre sí, aunque separables, que tienen en común la finalidad de perseguir la obtención de un interés público”<sup>98</sup>. En todos los conceptos coincide el reconocimiento de la función instrumental del procedimiento, para la construcción

---

<sup>95</sup> La libertad de contratación de los particulares en las compras públicas, se manifiesta en que los interesados pueden decidir si participar o no en un procedimiento de contratación del Estado. En relaciones entre particulares la libertad de contratación puede manifestarse en su sentido positivo: (1) libertad para contratar, o en sentido negativo (2) libertad para negarse a contratar.

<sup>96</sup> Tratado de derecho administrativo y obras selectas, 11ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2016.

<sup>97</sup> Elementos de Derecho Administrativo, 1ª Curso, Limusa Noriega Editores, México, 1998.

<sup>98</sup> Derecho Administrativo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

de la voluntad de la administración pública y de la consecución del interés colectivo perseguido por la misma.

### **7.1.1. Funciones del procedimiento administrativo**

Según GAMERO CASADO Y FERNANDEZ RAMOS, los fines del procedimiento administrativo son básicamente dos:

#### **1. Función de garantía de los derechos de los administrados**

El procedimiento es una garantía para los interesados, pues significa el sometimiento de la actividad administrativa a un cauce predeterminado y posibilita la participación de los afectados en el proceso de adopción de las decisiones administrativas, permitiendo que estas puedan intervenir en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La actuación Administrativa debe someterse a un procedimiento legalmente predeterminado, por una conquista del Estado de Derecho, una derivación del principio de legalidad.

#### **2. Función de garantía del interés público**

El procedimiento posibilita además el acierto y oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la Administración tenga en cuenta todos los intereses, tanto públicos y privados implicados en su actuación, evitando así que el funcionario actúe de manera irreflexiva o arbitraria. Desde esta perspectiva funcional, el procedimiento administrativo sería una manifestación del principio de eficacia de la Administración, dado que persigue la racionalidad de la actuación administrativa.

Aunque ninguno de los citados autores lo indique expresamente, el procedimiento administrativo reduce la discrecionalidad de los funcionarios, lo cual a su vez reduce las vulnerabilidades de corrupción dentro de la administración pública, ya que como se ha señalado a lo largo del trabajo, la amplia discrecionalidad es uno de los elementos creadores de condiciones propicias para la corrupción.

En el caso de la contratación gubernamental de obras, bienes y servicios, específicamente en las licitaciones públicas, la exigencia de promover competencia abierta, el reconocimiento de principios, derechos y garantías a favor de la libre competencia, la obligatoriedad de establecer sistemas de evaluación con parámetros objetivos, la separación de funciones entre quien evalúa ofertas y quien adjudica, el establecimiento de sistemas de divulgación de información e impugnación de resoluciones -entre otros- son elementos de los que carece la configuración legal de los procedimientos de libre gestión y especialmente la contratación directa, *de tal suerte que la configuración legal de los mismos, no garantiza ni los derechos de los administrados ni el interés público.*

## **7.2. Procedimientos administrativos de compras públicas**

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -LACAP-, regula tres formas o tipos de procedimiento de contratación: **1. licitación pública, 2. libre gestión y 3. contratación directa.** Los criterios primarios para la adopción de una u otra forma de contratación (libre gestión y licitación pública) son la cuantía del presupuesto y el tipo de institución contratante; en el caso de la contratación directa, las causales habilitantes constituyen circunstancias extraordinarias que el legislador establece taxativamente y que representan un enorme riesgo de corrupción ya que permiten procedimientos laxos en los que la competencia es

restringida -e incluso- puede prescindirse de ella en forma discrecional, seleccionando al contratista sin ningún parámetro para objetivizar la decisión<sup>99</sup>.

Las definiciones legales de cada forma de contratación son las siguientes<sup>100</sup>:

**7.2.1. Licitación pública:** Procedimiento por cuyo medio el Estado promueve competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes y servicios que no fueren los de consultoría.

**7.2.2. Libre gestión:** Procedimiento simplificado por medio del cual las instituciones seleccionan al contratista que les proveerá obras, bienes, servicios o consultorías, hasta por el monto establecido en la Ley.

**7.2.3. Contratación directa:** Forma en que una institución (sic) contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas.

A diferencia de los anteriores conceptos, la Ley no califica a la contratación directa, como procedimiento, lo cual *a priori* puede generar la impresión de que la contratación directa a diferencia de la licitación y la libre gestión, no es un procedimiento administrativo, lo que -a pesar de no ser cierto- vaticina lo laxo y vulnerable de dicha forma de contratación. Recordando

---

<sup>99</sup> En los casos de contratación directa motivada por situaciones extraordinarias tales como *las declaratorias de emergencia nacional, calamidad pública, guerra o calificativo de urgencia*, la Ley permite que la institución contratante decida si se promoverá competencia; en caso de que se decida promover competencia, existe también discreción para determinar el número de empresas que serán invitadas, así como para la configuración de dicho universo de potenciales oferentes, los cuales podrán o no ser tomados del banco de información o registro respectivo.

<sup>100</sup> Arts. 59, 68 y 71 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

el pensamiento de GAMERO CASADO Y FERNANDEZ RAMOS, la configuración legal de la contratación directa en El Salvador, no cumple ninguna de las funciones del procedimiento administrativo, tanto como garantía del interés público que persiguen las instituciones contratantes, como garantía de los intereses privados de los oferentes del mercado de las compras públicas, quienes pretenden un beneficio económico al participar -bajo reglas claras- dentro de un mercado público.

**Cuadro 3: “Comparación de definiciones legales de las formas de contratación”**

Licitación Pública	Libre Gestión	Contratación Directa
Procedimiento	Procedimiento simplificado	Forma de contratar
Promoción pública de competencia		Se mantienen criterios de competencia (cuando aplique)

Para determinación del tipo de procedimiento a desarrollar por la administración pública, en la contratación de obras, bienes y servicios distintos a los de consultoría, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece dos sistemas de umbrales, según el tipo de institución contratante, así:

**Cuadro 4: “Umbrales de contratación para las municipalidades”.**

Nombre del procedimiento	Número de salarios mínimos mensuales del sector comercio		Montos en dólares americanos	
	De	Hasta	De	Hasta
Licitación pública	160	En adelante	\$40,272.01	+
Libre gestión	>0	160	\$0.01	\$40,272.00
Contratación directa	No hay límites mínimos ni máximos			

Cuadro 5: “Umbrales de contratación para el resto de instituciones”.

Nombre del procedimiento	Número de salarios mínimos mensuales del sector comercio		Montos	
	De	Hasta	De	Hasta
Licitación pública	240	En adelante	\$60,408.01	+
Libre gestión	>0	240	\$0.01	\$60,408.00
Contratación directa	No hay límites mínimos ni máximos			

Si bien el desarrollo de procedimientos de contratación previene la corrupción, los mismos están conformados por una serie de pasos o eslabones a través de los cuales intervienen distintos actores, quienes en menor o mayor medida, son vulnerables a la corrupción.

### 7.3. Contratos regulados

Cuando el Estado identifica la necesidad de contratar obras, bienes o servicios para el desarrollo de sus actividades y para ello debe erogar fondos públicos, es necesario desarrollar un procedimiento de contratación que sirva para seleccionar a la persona natural o jurídica que ejecutará las obras, suministrará los bienes o prestará los servicios requeridos por la administración pública. Dicha selección constituye un acto administrativo denominado adjudicación y se concretiza mediante la celebración de un contrato entre la institución adjudicante y la persona adjudicataria. En El Salvador, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, *tal como se expuso en párrafos anteriores*, desarrolla tres tipos de procedimientos o formas de contratación, los cuales al ejecutarse de manera exitosa, devienen en la celebración de un contrato, que según la referida norma<sup>101</sup>, puede ser de: *Obra pública, Suministro (bienes y servicios), Consultoría, Concesión y Arrendamiento de Bienes Muebles.*

<sup>101</sup> Art. 22 Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

Adicionalmente, la LACAP permite a la administración pública celebrar cualquier tipo de contrato, siempre y cuando se respeten las normas procedimentales establecidas en la misma. De lo anterior que el procedimiento cumple una función instrumental para que el Estado contrate bajo las mejores condiciones y de esa manera cumpla con sus fines en beneficio de la población.

**Gráfico 11: Relación entre procedimiento de contratación y contrato.**



De la observación del gráfico, puede apreciarse que según el objeto y monto de la contratación, las compras públicas pueden realizarse de las siguientes formas:

**Cuadro 6: “Forma de contratación aplicable por tipo de contrato”**

Tipo de Contrato Regulado	Formas de contratación aplicable
Obra pública	Libre gestión Licitación pública Contratación directa
Suministro (bienes y servicios)	
Consultoría	
Arrendamiento de bienes muebles	
Concesión (obra pública y servicio público)	Licitación Pública

Las obras que la administración pública ejecuta, deben contar por lo menos con tres componentes, los cuales son: a) *Diseño*; b) *Construcción*; y c) *Supervisión*. Dichos componentes

deberán ser ejecutadas por personas naturales o jurídicas diferentes para cada fase. Para la selección del contratista de cada componente, el Estado debe ejecutar -según su cuantía- el respectivo procedimiento de contratación. De tal suerte que la contratación de obra pública tiene vulnerabilidades de corrupción en los procesos de contratación del *diseño, de la construcción y de la supervisión*. Dichas vulnerabilidades varían dependiendo si se trata de procedimientos de libre gestión, licitación pública o contratación directa. **En total podrían construirse nueve (9) mapas de vulnerabilidades de construcción dentro de la contratación de obra pública.**

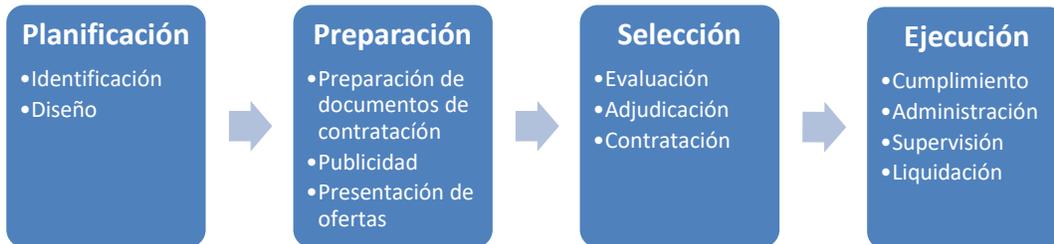
Cuadro 7: “**Formas de contratación de cada componente de la obra pública**”

Componente	Formas de contratación aplicable
1. Diseño	1.1. Libre gestión 1.2. Licitación pública 1.3. Contratación directa
2. Construcción	2.1. Libre gestión <b>2.2. Licitación pública</b> 2.3. Contratación directa
3. Supervisión	3.1. Libre gestión 3.2. Licitación pública 3.3. Contratación directa

Para el objeto del presente trabajo, se analizarán las vulnerabilidades de la contratación de obra pública, en los procedimientos de licitación pública (Item 2.2. de la anterior tabla).

Tal como se adelantó en el Capítulo V, Las compras públicas, constituyen una actividad cíclica que tiene su origen en la planificación y su conclusión en la liquidación de las adquisiciones. Todo ciclo de contratación pública en general y todo procedimiento de compra en particular (libre gestión, licitación pública y contratación directa), se estructura de las etapas de: **i.** Planificación. **ii.** Preparación. **iii.** Selección del Contratista. y **iv.** Ejecución del Contrato. En la mayoría de los casos, las sub etapas son las siguientes:

**Gráfico 12: Etapas del procedimiento de compra pública.**



## Capítulo VIII

### Detección de vulnerabilidades de corrupción en la licitación pública

La forma de contratación de obra pública por antonomasia es la licitación pública, por lo que se expondrán cada uno de los pasos correspondientes a cada una de las etapas del procedimiento (planificación, preparación, selección y ejecución). Considerando que las fases de planificación y ejecución -en la mayoría de los casos- son iguales para cada forma de contratación, el desarrollo que de las mismas se realice para la licitación pública, puede también servir de base para el análisis ulterior de las vulnerabilidades propias de la libre gestión y de la contratación directa.

Durante el desarrollo de la identificación de vulnerabilidades de corrupción, se utilizarán las siguientes abreviaturas:

**ADC:** Administrador de Contrato

**AD:** Amplia discrecionalidad

**CEO:** Comisión de Evaluación de Ofertas.

**CEAN:** Comisión Especial de Alto Nivel

**FT:** Falta de transparencia en la toma de decisiones

**FR:** Falta de rendición de cuentas

**LAFI:** Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado

**LACAP:** Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

**RELACAP:** Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

**RELAFI:** Reglamento de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado

**PM:** Poder de monopolio

**UACI:** Unidad de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

**UFI:** Unidad Financiera Institucional

**UNAC:** Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

**USO:** Unidad Solicitante

Como se adelantó en los capítulos anteriores, para detectar cuales son los eslabones débiles o más vulnerables a la corrupción dentro de la cadena procedimental de la licitación de obra pública, se

utilizarán los factores que aumentan la posibilidad de corrupción, los cuales son: *poder de monopolio (PM)*, *amplia discrecionalidad (AD)* *falta de transparencia en la toma de decisiones (FT)* y *falta de rendición de cuentas (FR)*.

**1. Poder de Monopolio:** En el análisis económico de la corrupción, ésta es considerada un mercado dentro del cual interactúan oferta (funcionarios corruptos) y demanda (corruptores). Dentro de este contexto el poder de monopolio es el que ostenta un servidor público cuando -dentro del mercado de la corrupción-, es el único oferente del “favor” demandado por el mercado de corruptores.

**2. Amplia Discrecionalidad:** Cuando el marco normativo otorga a los servidores públicos la posibilidad de actuar conforme a su propia voluntad sin parámetros claros o demasiado amplios.

**3. Falta de Transparencia:** Cuando los servidores públicos no actúan con apertura y publicidad en el desempeño de sus competencias.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Es la acción, como deber legal, que tiene todo funcionario o persona de responder e informar a la población y a los entes contralores por la administración, el manejo y los rendimientos de fondos, bienes o recursos públicos asignados y los resultados en el cumplimiento del mandato que le ha sido conferido.

Los anteriores factores se convertirán en criterios de identificación de riesgo y el paso, sub etapa o etapa vulnerable, será marcada con una bandera de alerta, que será graduada en una escala de 1-4, según el nivel de vulnerabilidad que represente.

Nivel	Factores concurrentes
	<b>4</b>
	<b>3</b>
	<b>2</b>
	<b>1</b>

## **8.1. Fase de planificación**

Todo país cuenta con una serie de problemas o necesidades que requieren atención del gobierno dentro de su agenda sistémica, siendo deber de los gobernantes solventar estos problemas con los recursos disponibles. Lastimosamente los recursos suelen ser superados por las necesidades, por lo que los mandatarios se ven forzados a priorizar su accionar, seleccionando problemas sobre los cuales se formularán e implementarán las políticas públicas necesarias para transformar las realidades identificadas como inaceptables. Para la implementación de políticas públicas, suele requerirse la ejecución de obras públicas. Manuel Tamayo Saez<sup>102</sup> sostiene que no todos los problemas de la agenda sistémica tienen las mismas posibilidades de acceso a la agenda institucional; unos entran con más facilidad que otros.

El anterior marco conceptual es relevante debido a que la decisión de ejecutar determinada obra pública, se realiza dentro del procedimiento de formulación de una política pública para atender necesidades colectivas. En El Salvador, la definición de qué obra debe ser desarrollada, es un ejercicio de discrecionalidad, lo que por definición la convierte en una acción altamente vulnerable a la corrupción. Por ejemplo, si el funcionario, es “financiado políticamente” por un grupo empresarial que desea invertir en proyectos urbanísticos en áreas donde no se cuenta con accesos terrestres y por otro lado existen comunidades muy populosas que necesitan la construcción de distintas infraestructuras como escuelas, calles y hospitales, es muy probable que dentro de la agenda institucional, se antepongan los intereses del grupo empresarial por sobre los intereses de las comunidades, sin necesidad de justificar dicho accionar ante ninguna contraloría institucional.

Actualmente el ordenamiento jurídico no establece mecanismos de control en el proceso de construcción de políticas públicas, en la formulación de programas, ni en la definición de obras

---

<sup>102</sup> Universidad Complutense de Madrid. Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 1997.

públicas a ejecutarse, de tal suerte que los mecanismos de accountability social, son los únicos que pueden y deben increpar a los gobernantes, sobre este tipo de decisiones discrecionales de enorme trascendencia.

**Cuadro 8: Vulnerabilidades Fase de Planificación.**

PASO	RESPONSABLE	DESCRIPCION DE LA ACCIÓN	BASE LEGAL
1	USO/TITULAR	<b>Determinación de las necesidades de obras, bienes y servicios.</b>	Art. 20 Bis, literal c) LACAP
<p>El órgano ejecutivo suele ser el único que realiza planes de desarrollo, circunscribiéndolos temporalmente al respectivo período presidencial (planes quinquenales). Dicha actividad es más de tipo político que jurídico, ya que no existe ninguna norma que establezca procedimientos y directrices para construir los planes de desarrollo -ni mucho menos para fiscalizar su cumplimiento-.</p> <p>Como se expuso en párrafos anteriores, no existe forma de legitimar ante la población el porqué el gobierno dedicará sus escasos recursos para atender determinados problemas. Cuando el coste de la atención de las necesidades básicas excede de los recursos disponibles, la conformación de la agenda pública debería contener mecanismos formales de accountability. Además del poder ejecutivo, algunas otras instituciones de gobierno adquieren como “buena práctica” la implementación de herramientas de planificación, pero nuevamente la conformación de la agenda sobre la cual se construirán planes, programas y políticas públicas constituye un ejercicio de mera discrecionalidad.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <p><b>1. Poder de Monopolio:</b> La mayoría de titulares de instituciones públicas tienen autonomía para determinar que obras públicas ejecutarán dentro de sus programas de gobierno. Considerando que en El Salvador las competencias entre órganos de gobierno son intransferibles<sup>103</sup>, el poder de definir en que se ejecuta el presupuesto corresponde únicamente al titular de la institución. Posteriormente se da el proceso de formulación y aprobación del presupuesto, donde interviene el Ministerio de Hacienda y el poder legislativo, el cual discute sobre lo propuesto por las instituciones.</p> <p><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> No existen mecanismos legales que reglamenten el proceso de determinación de qué obra pública va a ejecutar la administración pública.</p> <p><b>3. Falta de Transparencia:</b> Si bien es necesario documentar la detección de la necesidad de obra pública, el funcionario no tiene obligación de documentar ni publicar los elementos de juicio que motivaron la selección de ejecución de determinada obra en detrimento de otras necesidades colectivas.</p>			

<sup>103</sup> Art. 86 inciso 1° Constitución de la República de El Salvador.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Debido a que no existe un mandato legal que obligue a motivar la decisión de priorizar una necesidad pública por sobre otra, tampoco existen mecanismos institucionales para obligar a los funcionarios a que justifiquen el porqué seleccionaron la obra a ejecutarse con los fondos públicos en detrimento de otras necesidades.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	<b>4</b>		

2	USO	<p><b>Investigación de mercado</b></p> <p>Realizar investigaciones del mercado que le permitan hacer los análisis y estudios necesarios para verificar la viabilidad técnica, económica, financiera, social o ambiental, necesaria para que la adquisición pueda realizarse.</p>	<p>Art. 20 Bis, literal c) LACAP</p>
---	-----	--	--

Una vez ha sido tomada la decisión de qué obra pública se realizará, la dependencia que solicitará a la UACI la contratación de la misma, debe garantizar la viabilidad necesaria para que la obra pueda ejecutarse. Esta etapa es crucial para garantizar el buen aprovechamiento de los recursos públicos.

Al habilitar a los solicitantes a investigar el mercado, la Ley les da un mandato para interactuar preliminarmente con la oferta en el mercado de construcción sin establecer parámetros para objetivizar la “parte” del mercado que será investigada. Tampoco se establecen mecanismos de transparencia para esta interacción previa con los potenciales participantes de la futura licitación.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** El Solicitante es el único que tiene la atribución legal de investigar el mercado.

**2. Amplia Discrecionalidad:** No existen mecanismos legales que reglamenten el proceso de determinación de los alcances y qué porción del mercado de la construcción deberá ser investigada (empresas constructoras, colegios profesionales, universidades etc.).

**3. Falta de Transparencia:** Si bien es necesario documentar la realización del estudio de mercado, el solicitante no tiene obligación de documentar ni publicar los elementos de juicio que motivaron a definir los alcances del sondeo.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Debido a que no existe un mandato legal que obligue a motivar la definición del alcance del estudio, tampoco existen mecanismos institucionales para obligar a los solicitantes a justificarlo.



Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	4		

3	USO/UACI	<p><b>Programación Anual</b></p> <p>Elaboración de la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones (<b>PAAC</b>)</p> <p>La cual deberá realizarse en armonía con: <b>i.</b> Instrumentos de planificación. <b>ii.</b> Presupuesto institucional.</p> <p>Asimismo debe atenderse la siguiente normativa: <b>i.</b> Política Anual de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. <b>ii.</b> Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado y su Reglamento. <b>iii.</b> Reglamento de la LACAP. <b>iv.</b> Lineamientos emitidos por la UNAC.</p> <p>Además deberá considerar los siguientes elementos:</p> <p><b>i.</b> Los estudios de preinversión que se requieran para definir la factibilidad técnica, económica y ecológica, en la realización de una obra. <b>ii.</b> Las acciones previas, durante y posteriores a su ejecución, incluyendo las obras principales, complementarias y accesorias, así como aquellas que sirvan para ponerlas en servicio, definiendo metas a corto y mediano plazo. <b>iii.</b> La calendarización física y financiera de los recursos necesarios para su ejecución, los gastos de operación y los resultados previsibles, las unidades responsables de su ejecución, las fechas previstas de iniciación y terminación de cada obra, las investigaciones, los planos, los proyectos, especificaciones técnicas, asesorías, consultorías y estudios que se requieran, incluyendo los proyectos técnicos económicos que sean necesarios. <b>iv.</b> Los requerimientos de mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles que por su naturaleza así lo exijan. <b>v.</b> El costo estimado de las obras y de los bienes o servicios relacionados con las mismas, cuando se tengan elementos para determinarlos. <b>vi.</b> Los permisos, autorizaciones y licencias que se requieran para la realización de las diversas obras, cuando su tramitación y obtención corresponda a la Institución contratante. <b>vii.</b> Las características de la región donde deba realizarse la obra pública, incluyendo condiciones ambientales,</p>	<p><b>Normativa de Compras Públicas:</b></p> <p>Art. 10 literal d), Art. 16 LACAP, Art. 20 literal a) LACAP y Art. 14 Reglamento de LACAP</p> <p><b>Normativa financiera:</b></p> <p>Art. 85 Ley AFI y Arts. 124 y 125 del Reglamento de la Ley AFI</p>
---	----------	--	---

		climáticas y geográficas, a efecto de definir el momento oportuno para su ejecución.	
--	--	--	--

Recordando que las compras públicas constituyen un input para que la administración pública cumpla con sus fines, puede comprenderse entonces que La PAAC es la herramienta formal de planificación de las compras públicas que son necesarias para el cumplimiento de objetivos y metas plasmados en las herramientas de planificación institucional. El presupuesto es el respaldo financiero de las compras públicas y se formula en base a las necesidades detectadas durante la planificación. De lo anterior que un vicio en la fase de planificación afectará indefectiblemente la formulación de la PAAC.

La conformación *PER SE* de la PAAC se encuentra bastante reglamentada y aunque la decisión de ejecutar la obra y el estudio de mercado haya tenido vicios, esta etapa es menos vulnerable que las anteriores.

**Análisis de vulnerabilidad:**

- 1. Poder de Monopolio:** La conformación de la PAAC es una labor multidisciplinaria y de responsabilidad compartida.
- 2. Amplia Discrecionalidad:** El contenido de la PAAC está subordinado a los instrumentos de planificación institucional (planes estratégicos, operativos etc.) y al presupuesto institucional.
- 3. Falta de Transparencia:** El PAAC es público.
- 4. Falta de Rendición de Cuentas:** Existen parámetros legales para la conformación del PAAC así como la obligación de publicarlo, por lo que también existen mecanismos legales de rendición de cuentas. Sin embargo la rendición de cuentas puede limitarse a explicar que la obra se programó porque así fue definido en la planificación institucional y la planificación no puede ser fiscalizada.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
-	-	-	X
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

4	USO	<p><b>Verificación de estudios previos</b></p> <p>Las instituciones que requieran realizar estudios o proyectos, previamente verificarán en sus archivos o en los de otras instituciones, si existen estudios o proyectos similares sobre la materia de que se trate. Para tales efectos, se verificará también en el Registro correspondiente. En el supuesto que se advierta su existencia y se compruebe que los mismos satisfacen los requerimientos de la Institución, no procederá la contratación de ese estudio, con excepción de aquellos trabajos que sean necesarios para la adecuación, actualización o complemento del estudio.</p>	<p>Art. 17 Reglamento LACAP</p>
---	-----	--	---

En El Salvador es común que durante los cambios de administraciones, no exista una completa transferencia de información pública, lo que -entre otras cosas- deviene en duplicidad de esfuerzos y/o erogaciones. Una obra para la que ya se cuenta con el diseño y los estudios puede detenerse por la atención de emergencias y quedar rezagada en la agenda institucional por varios años y si no se realiza la verificación a la que se refiere este paso se haría un uso ineficiente de los recursos públicos al pagar nuevamente por insumos con los que ya se cuenta.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La realización de la verificación de estudios está encomendada al solicitante de la obra, quien en caso de tener acuerdos con determinada empresa constructora y planea obtener rentas a través de un diseño que contenga gastos innecesarios, carece de incentivos para buscar un diseño que pueda controvertir el que le servirá para inflar el presupuesto del contrato.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La unidad solicitante tiene la obligación legal de hacer la verificación.

**3. Falta de Transparencia:** El expediente de la solicitud de contratación es público.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Al existir la obligación legal de realizar la verificación, existe también la respectiva fiscalización institucional de posibles incumplimientos.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	-	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

5	USO	<p><b>Obtención de permisos</b></p> <p>Deberá obtener de las autoridades competentes los dictámenes, permisos, licencias, derechos de propiedad intelectual y demás necesarios para la ejecución de los contratos, cuando legalmente sea procedente, salvo que por su naturaleza, corresponda al contratista tramitarlos o que en los términos de referencia, especificaciones técnicas o Bases de Licitación o concurso, se estipulare previamente.</p>	Art. 18 Reglamento LACAP																
<p>En la primera parte de la prescripción normativa se establece el mandato de obtener dictámenes, permisos y licencias cuando legalmente sea procedente, luego establece una amplísima excepción al permitir que las obligaciones que le impone al solicitante, sean encomendadas al contratista mediante su estipulación en los documentos contractuales.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <p><b>1. Poder de Monopolio:</b> La realización de la verificación de estudios está encomendada únicamente al solicitante de la obra.</p> <p><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> El solicitante puede decidir si obtiene los permisos o si se lo encarga al contratista.</p> <p><b>3. Falta de Transparencia:</b> El expediente de la solicitud de contratación es público.</p> <p><b>4. Falta de Rendición de Cuentas:</b> Puede exigírsele explicación sobre por qué decidió confiar la obtención de permisos al contratista.</p> <div style="text-align: center; margin: 20px 0;"> <table border="1" data-bbox="561 1230 1107 1390"> <thead> <tr> <th colspan="4">Factores de riesgo</th> </tr> <tr> <th>PM</th> <th>AD</th> <th>FT</th> <th>FR</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">X</td> <td style="text-align: center;">X</td> <td style="text-align: center;">-</td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Nivel de vulnerabilidad</td> <td colspan="2" style="text-align: center; background-color: yellow;"><b>2</b></td> </tr> </tbody> </table> </div>				Factores de riesgo				PM	AD	FT	FR	X	X	-	-	Nivel de vulnerabilidad		<b>2</b>	
Factores de riesgo																			
PM	AD	FT	FR																
X	X	-	-																
Nivel de vulnerabilidad		<b>2</b>																	
6	USO	<p><b>Evaluación de impacto ambiental</b></p> <p>La Unidad solicitante previo a la contratación y cuando sea necesario, está obligada a considerar los efectos que sobre el medio ambiente pueda causar la realización de las obras públicas, tomando en cuenta la evaluación de impacto ambiental realizada por la autoridad competente.</p>	Art. 19 Reglamento LACAP																

		<p>Los proyectos deberán apegarse a lo establecido en los permisos y autorizaciones correspondientes emitidos por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y las instituciones del Estado que tengan atribuciones en la materia.</p> <p>Asimismo, las Unidades solicitantes deberán disponer de lo necesario para la conservación del patrimonio cultural, de conformidad a la Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador y su respectivo Reglamento.</p>																	
<p>Considerando que en el paso anterior el solicitante tiene discrecionalidad para tramitar previamente los dictámenes, permisos y autorizaciones necesarias para el desarrollo de la obra, también tiene discrecionalidad para tomar en cuenta las evaluaciones de impacto ambiental durante esta etapa precontractual.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <p><b>1. Poder de Monopolio:</b> La realización de la evaluación está encomendada únicamente al solicitante de la obra.</p> <p><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> Si en la etapa previa el solicitante decidió obtener los permisos, dictámenes y autorizaciones correspondientes, en esta etapa está obligado a analizarlos.</p> <p><b>3. Falta de Transparencia:</b> El expediente de la solicitud de contratación es público.</p> <p><b>4. Falta de Rendición de Cuentas:</b> Puede exigírsele explicación sobre por el análisis de los permisos, dictámenes y autorizaciones realizadas.</p> <div style="text-align: center; margin: 20px 0;"> <table border="1" data-bbox="561 1161 1107 1320"> <thead> <tr> <th colspan="4">Factores de riesgo</th> </tr> <tr> <th>PM</th> <th>AD</th> <th>FT</th> <th>FR</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">X</td> <td style="text-align: center;">-</td> <td style="text-align: center;">-</td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Nivel de vulnerabilidad</td> <td colspan="2" style="text-align: center; background-color: yellow;"><b>1</b></td> </tr> </tbody> </table> </div>				Factores de riesgo				PM	AD	FT	FR	X	-	-	-	Nivel de vulnerabilidad		<b>1</b>	
Factores de riesgo																			
PM	AD	FT	FR																
X	-	-	-																
Nivel de vulnerabilidad		<b>1</b>																	
7	USO	<p><b>Estudios de suelos</b></p> <p>Cuando el caso lo amerite, el proyecto deberá incluir un estudio previo de ingeniería de los terrenos en los que la obra se va a ejecutar.</p> <p>Los proyectos de obras deberán comprender necesariamente obras completas y cada uno de los elementos o medios para la realización y utilización de la misma, incluyendo la adquisición de tierras o de otros inmuebles que fuesen necesarios y la remoción oportuna de cualquier obstáculo.</p>																	

Los estudios de suelos constituyen el conjunto de exploraciones e investigaciones de campo, ensayos de laboratorio y análisis de gabinete que tiene por objeto estudiar el comportamiento de los suelos y sus respuestas ante las solicitaciones de carga, cuyos resultados son plasmados generalmente en un documento técnico<sup>104</sup>. Es necesario aclarar que existen dos tipos de contrato de construcción de obra pública: **i. Construcción y ii. Construcción y Diseño**. Cuando se contrata únicamente la construcción es porque previamente se contrató una consultoría que dio como producto un diseño, para el cual -forzosamente- debió realizarse un estudio de suelos. Cuando se consolida el diseño y la construcción en un solo contratista, correrá por cuenta de este la realización del estudio.

Es importante señalar que la tipología de obras públicas es tan vasta, que no puede establecerse normativamente en qué casos será necesario la realización de un estudio. Si existe ya un acuerdo entre el solicitante y un constructor, este último puede ya haber realizado estudios de suelos y el solicitante puede omitir adrede la realización o entrega de los mismos a los participantes de la licitación. Lo anterior le otorga a la empresa información privilegiada y una ventaja competitiva indebida por sobre sus competidores.

#### **Análisis de vulnerabilidad:**

- 1. Poder de Monopolio:** La realización de la evaluación está encomendada únicamente al solicitante de la obra.
- 2. Amplia Discrecionalidad:** Los parámetros para decidir en qué casos se deberá incluir un estudio de suelos son bastante amplios.
- 3. Falta de Transparencia:** El expediente de la solicitud de contratación es público.
- 4. Falta de Rendición de Cuentas:** Puede exigírsele explicación sobre por qué decidió que no era necesaria la realización de estudios de suelos previos a la contratación.

<b>Factores de riesgo</b>			
<b>PM</b>	<b>AD</b>	<b>FT</b>	<b>FR</b>
X	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad		<b>2</b>	

<sup>104</sup> Compendio de categorías y definiciones aplicables a la obra pública, Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, San Salvador, El Salvador, Abril de 2015.

### 8.1.1. Consolidado de vulnerabilidades

Paso	Nivel de vulnerabilidad
1. Determinación de las necesidades de obras, bienes y servicios	4
2. Investigación de mercado	4
3. Programación anual	1
4. Verificación de estudios previos	1
5. Obtención de permisos	2
6. Evaluación de impacto ambiental	1
7. Estudios de suelos	2

### 8.1.2. Expediente de la fase de planificación

El marco normativo<sup>105</sup> obliga a los solicitantes de obras, la conformación y actualización de un expediente administrativo, integrado por el conjunto de documentos necesarios que se generen por las acciones realizadas desde la identificación de la necesidad hasta la solicitud de la adquisición. La publicidad de este expediente fortalece los mecanismos de control institucional y social. La no existencia o la oscuridad en el manejo del mismo, favorece a la corrupción.

<sup>105</sup> Art. 20- Bis. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

## 8.2. Fase de preparación

A diferencia de la fase de planificación, que es eminentemente interna del Estado, en esta etapa el procedimiento de contratación se hace público y la interacción entre oferta privada y demanda pública se materializa a través de un acto solemne de apertura de ofertas. En este punto es relevante señalar que el mercado de las compras públicas -como cualquier otro- se rige por las Leyes de la economía. En la visión de libre mercado, se presupone que la libre interacción entre la oferta y la demanda, constituye la forma de asignación más eficiente de los recursos. Para que dicho postulado sea materializado, es necesaria la existencia de competencia perfecta entre agentes económicos. Uno de los supuestos sobre los que se sustenta el modelo de competencia perfecta, es que todos los actores económicos tienen acceso a información completa sobre los términos de las transacciones que se realizan en el mercado, y que pueden acceder libremente a esa información a través del sistema de precios sin costo alguno.

En el mercado de las compras públicas, el sistema de precios no permite a los actores económicos tener información completa sobre las condiciones del mercado y la característica más usual en todo proceso de contratación, es la asimetría de información entre la administración pública contratante y las empresas oferentes.

La existencia de asimetrías de información ocasiona que el equilibrio de los mercados sea ineficiente. Esta situación genera dos tipos de problemas: **1.** Selección adversa y **2.** Riesgo moral. Por un lado, el problema de *la selección adversa* se produce cuando, por causa de la asimetría de información ex-ante, la institución contratante selecciona a un “mal” proveedor (o el proveedor a una “mala institución contratante”). En el caso de las compras públicas, si las Bases de Licitación no contienen información clara, oportuna y relevante, la participación de licitantes será escasa y aquellos que decidan participar lo harán con sobrepagos, que en el mejor

de los casos servirán solo para mitigar el riesgo de un mal negocio. En el peor de los casos el sobreprecio servirá también para el pago de sobornos.

Por otra parte el denominado *riesgo moral*, es el fenómeno que surge cuando un actor económico tiene información privada sobre las consecuencias de las acciones que desarrolle después de la contratación, que no son observables por otros, y tiende a asumir mayores riesgos en sus decisiones, porque las consecuencias son soportadas por terceros. Un ejemplo clásico de esta situación en las compras públicas es cuando la institución contratante lanza procesos de licitación a sabiendas que tienen problemas de caja y que el flujo financiero de pagos durante el contrato, será irregular.

Retomando el tema de prevención de la corrupción, en la fase de preparación -particularmente en la confección de las Bases de Licitación- se define el éxito o el fracaso de un proceso de contratación. Si existen acuerdos corruptos, la confección de Bases de Licitación con amplios márgenes de discrecionalidad para los evaluadores e información asimétrica para los oferentes, seguramente se encontrará presente.

La libre competencia en procesos de licitación abiertos, es óbice para las transacciones ilícitas, por lo que el funcionario corrupto buscará manipular las reglas de la competencia y restringirla, para favorecer a la empresa que pagará el soborno. Esta empresa contará con información privilegiada respecto a sus competidores y será “favorecida” a través de distintas decisiones discrecionales. Lo paradójico del asunto, es que la discrecionalidad que le favorecerá en la fase de selección, será otorgada “legalmente” a los tomadores de decisiones, a través de los instrumentos normativos confeccionados y autorizados en esta fase de preparación.

**Cuadro 9: Vulnerabilidades Fase de Preparación.**

PASO	RESPONSABLE	DESCRIPCION DE LA ACCIÓN	BASE LEGAL
1	USO	<p><b>Solicitud de contratación</b></p> <p>Elaborar la solicitud de contratación de la obra, la cual deberá acompañarse de las especificaciones o características técnicas de las mismas, así como toda aquella información que especifique el objeto contractual y que facilite la formulación de las Bases de Licitación. Dicha solicitud deberá enviarse en la fecha estipulada en la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones.</p>	<p>Art. 20 Bis, literales b) y d) LACAP</p>

Una vez que la unidad solicitante cuenta con los estudios, autorizaciones, permisos y diseño de la obra, en base a la fecha indicada en la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones (PAAC), presenta a la UACI un requerimiento de contratación, adjuntando la información necesaria para la posterior elaboración de las Bases de Licitación que regirán el proceso de contratación.

Un problema actual de la PAAC, es que carece de mecanismos para compeler a las instituciones al cumplimiento de la misma, tanto en lo que respecta al objeto de la contratación, como a la fecha de inicio del proceso adquisitivo. En lo que respecta a la transparencia, la PAAC y sus modificaciones deberían ser justificadas y publicadas irrestrictamente. Si las PAAC son totalmente abiertas y están a disposición del mercado, los procesos tendrán una mayor participación, ya que las empresas constructoras y las firmas supervisoras, también podrán planificar sus ventas al Estado.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** El inicio del procedimiento de contratación está encomendado únicamente al solicitante de la obra, por lo que la fecha de inicio de la misma es una decisión unipersonal.

**2. Amplia Discrecionalidad:** El ordenamiento legal no contiene mecanismos para garantizar que la PAAC se ejecute conforme a lo previamente definido y publicado hacia el mercado.

**3. Falta de Transparencia:** La solicitud de inicio del proceso es pública.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Puede exigírsele explicación sobre por qué decidió diferir la fecha de contratación o por qué realizó una compra no programada



		Factores de riesgo																				
		PM	AD	FT	FR																	
		X	X	-	-																	
		Nivel de vulnerabilidad	2																			
2	USO	<b>Obligación de documentar</b> Integrar y mantener actualizado el expediente administrativo de la solicitud, de tal manera que esté conformado por la recopilación del conjunto de documentos necesarios que se generen por las acciones realizadas desde la identificación de la necesidad hasta la solicitud de la adquisición.				Art. 20 Bis, literal g) LACAP																
<p>La obligación legal de documentar, constituye una herramienta poderosa para el combate a la corrupción, ya que las contralorías pueden exigir a la unidad solicitante, el expediente con todas las actuaciones generadas desde la fase de diseño hasta la solicitud. La obligación de documentar debería estar acompañada de la obligación de publicar lo documentado.</p> <p>Una debilidad de la obligación de documentar, es que la sanción que la Ley contempla para su incumplimiento, es una simple amonestación escrita que hasta en el más elemental análisis de elección racional, no disuade al corrupto de buscar una renta a costo de una simple amonestación<sup>106</sup>.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <ol style="list-style-type: none"><li><b>1. Poder de Monopolio:</b> El único que decide si documentar o no sus actuaciones es el solicitante.</li><li><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> El ordenamiento legal contiene un mandato de documentar y -aunque leve- una sanción por su incumplimiento.</li><li><b>3. Falta de Transparencia:</b> No existe disposición legal expresa que establezca que el expediente de la unidad solicitante debe ser público.</li><li><b>4. Falta de Rendición de Cuentas:</b> Puede exigírsele explicación sobre por qué no documentó sus actuaciones.</li></ol>																						
		<table border="1"><thead><tr><th colspan="4">Factores de riesgo</th></tr><tr><th>PM</th><th>AD</th><th>FT</th><th>FR</th></tr></thead><tbody><tr><td>X</td><td>-</td><td>X</td><td>-</td></tr><tr><td>Nivel de vulnerabilidad</td><td colspan="3">2</td></tr></tbody></table>				Factores de riesgo				PM	AD	FT	FR	X	-	X	-	Nivel de vulnerabilidad	2			
Factores de riesgo																						
PM	AD	FT	FR																			
X	-	X	-																			
Nivel de vulnerabilidad	2																					
3		<b>Verificación de programación</b>																				

<sup>106</sup> Artículos 151 literal a) y 154 literal a) LACAP.

	UACI - UFI	Verifica la existencia de una asignación presupuestaria destinada para el financiamiento de la obra y que la contratación se encuentre incorporada en la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones.	Art. 10 literales d) y e) LACAP
--	------------	--	---------------------------------

La UACI tiene una función de control interno, ya que si no se ha respetado el Presupuesto Institucional, no podrá tramitar el procedimiento de contratación.

**Análisis de vulnerabilidad:**

- 1. Poder de Monopolio:** El Jefe de la UACI es el único responsable de este paso.
- 2. Amplia Discrecionalidad:** El ordenamiento legal contiene un mandato claro y expreso de verificación.
- 3. Falta de Transparencia:** La verificación presupuestaria forma parte del expediente de contratación que lleva la UACI y es una actuación que será puesta a disposición del público cuando finalice el proceso.
- 4. Falta de Rendición de Cuentas:** Puede exigírsele explicación sobre por qué no ejerció el control encomendado por la ley.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	-	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

4	USO/UACI	<p><b>Definición de modalidad de contrato de obra pública</b></p> <p>Las obras que la administración pública debe construir o reparar, deben contar por lo menos con tres componentes, los cuales son: a) el diseño; b) la construcción; y c) la supervisión. Dichos componentes, deberán ser ejecutadas por personas naturales o jurídicas diferentes para cada fase.</p> <p>Excepcionalmente, el titular de la institución podrá razonar mediante una resolución, que la obra por su naturaleza o complejidad, sea diseñada y construida por el mismo</p>	Art. 105 incisos 1-3 LACAP.
---	----------	---	-----------------------------

		<p>contratista. Dicha resolución deberá ser conocida, según el caso, por el consejo de ministros, el concejo municipal, las juntas directivas de las instituciones y empresas estatales de carácter autónoma, inclusive la comisión ejecutiva hidroeléctrica del río lempa (CEL) y el instituto salvadoreño del seguro social (ISSS), la junta directiva de la asamblea legislativa y la corte suprema de justicia, antes de proceder a convocar la licitación correspondiente.</p> <p>En los contratos a que se refiere el inciso anterior, se acordará a precio firme toda la obra o en casos muy complejos, se podrá establecer a precio firme la superestructura y a precio unitario la subestructura o las obras a ejecutarse en el sub-suelo. En lo pactado a precio firme se prohíbe la introducción de órdenes de cambio y ajustes de precio, el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. En lo pactado a precio unitario se pagará por obra ejecutada, la cual podrá modificarse mediante orden de cambio y no excederá del 20% de lo pactado a precio unitario.</p>	
<p>Como se ha expresado en párrafos anteriores, el presente análisis tipo hoja de ruta de las cuatro (4) fases del procedimiento de licitación de obra pública, es igualmente aplicable para los procedimientos de contratación del diseño y de la supervisión de la obra. En principio la contratación de obra pública implica tres procedimientos de contratación separados con el propósito de contratar un diseñador, un constructor y un supervisor.</p> <p>Excepcionalmente la Ley permite que a través de un solo procedimiento de selección y mediante un solo contrato, se consoliden las fases de diseño y construcción en un solo proveedor. Dicho contrato tendrá restricciones de modificación mayores a las que el ordenamiento jurídico franquea para la mayoría de contratos.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><b>1. Poder de Monopolio:</b> El poder de decidir la modalidad de contratación de obra pública, le corresponde únicamente a la máxima autoridad orgánica de la institución contratante.</li> <li><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> Los parámetros que el legislador otorga a los titulares de las instituciones para optar por la consolidación del diseño y construcción son “la naturaleza” y “la complejidad de la obra”. Dichos términos son bastante vagos y otorgan un amplio margen de discrecionalidad.</li> <li><b>3. Falta de Transparencia:</b> La decisión debe materializarse a través de una resolución razonada que formará parte del expediente de contratación que lleva la UACI y será público cuando finalice el proceso.</li> <li><b>4. Falta de Rendición de Cuentas:</b> Puede exigírsele explicación sobre por qué tomó la decisión de consolidar la construcción y el diseño.</li> </ol>			

		Factores de riesgo				
		PM	AD	FT	FR	
		X	X	-	-	
		Nivel de vulnerabilidad		2		
5	USO/UACI	<p><b>Adecuación de Bases de Licitación</b></p> <p>Para la elaboración y adecuación de las Bases de Licitación, se utilizarán los modelos proporcionados por la UNAC.</p> <p>Para efectos de la adecuación de las Bases de Licitación, el Jefe UACI o la persona que designe y un representante de la unidad o dependencia solicitante, <b>podrán</b> integrar un grupo de trabajo para la elaboración del proyecto de Bases de Licitación, de acuerdo al objeto y alcance de la contratación, al cual se podrá incorporar, si fuere necesario, expertos en la materia objeto del contrato y un asesor legal. El Jefe UACI coordinará la integración del equipo de trabajo.</p>				Art. 10 literal f) LACAP y Art. 20 RELACAP
<p>Las Bases de Licitación tienen doble función. Por una parte sirven para que el mercado de oferentes tenga la información necesaria para formular una propuesta competitiva y favorable para el Estado y -por otra- sirven como marco normativo para que la Comisión de Evaluación de Ofertas seleccione al mejor oferente y a la mejor oferta. La definición del contenido de las Bases de Licitación es -sino el principal- uno de los más relevantes hitos dentro de todo procedimiento de contratación pública y es donde suelen crearse las condiciones necesarias para seleccionar “legalmente” a la empresa con la que se pretende realizar una transacción corrupta.</p> <p>A continuación se analizará la vulnerabilidad de corrupción del acto de elaboración y adecuación de bases y posteriormente se valorará cada una de las materias de regulación reservadas por la Ley a las Bases de Licitación, es decir al contenido de las mismas.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <p><b>1. Poder de Monopolio:</b> El Jefe de la UACI es el único responsable integrar un comité de adecuación de Bases de Licitación.</p> <p><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> El Jefe de la UACI es el único responsable de decidir si se integra o no un comité de adecuación de Bases de Licitación. También tiene la potestad de decidir quiénes lo conformarán.</p> <p><b>3. Falta de Transparencia:</b> El Jefe de la UACI no tiene obligación de documentar ni publicar los elementos de juicio que motivaron a la integración del comité de adecuación de Bases de Licitación.</p>						

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Debido a que no existe un mandato legal que obligue a motivar la decisión de integrar un comité, tampoco existen mecanismos institucionales para obligar al Jefe de la UACI a que justifique el porqué integró o no el comité.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad		<b>4</b>	

En los siguientes sub pasos se expondrán los principales contenidos de las Bases de Licitación, con sus respectivas vulnerabilidades de configuración. Dicha exposición no se realizará utilizando el esquema de factores de riesgos con banderas de vulnerabilidad, ya que el contenido del documento sufre de todas las vulnerabilidades correspondientes a la etapa de adecuación de las Bases de Licitación.

5.1	USO	<p><b>Definición del objeto contractual</b></p> <p>El solicitante define objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios conexos a las mismas, sin hacer referencia en su caso a marcas de fábrica, números de catálogo o tipos de equipo de un determinado fabricante. También define valores estimados, condiciones específicas de administración de los contratos y la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud.</p>	Art. 20 RELACAP
<p>Si los alcances del contrato no son claros, existe asimetría de información para los participantes que quieren competir en la licitación, favoreciendo al tráfico de información privilegiada a favor de la empresa con la que exista el acuerdo de una transacción corrupta. Si la información es incompleta, los participantes ofertarán con sobrepuestos para cubrir los riesgos asociados a una eventual contratación. Por su parte, el participante corruptor con información privilegiada, podrá ofertar un mejor precio para obtener la adjudicación.</p>			
5.2	UACI	<p><b>Definición de requisitos</b></p> <p>La UACI definirá los requisitos legales, administrativos y financieros que serán solicitados a los participantes y el procedimiento de contratación del participante ganador.</p>	Art. 20 RELACAP
<p>Todo sistema de evaluación de ofertas valora dos aspectos: <b>1.</b> Al oferente y <b>2.</b> La oferta. El oferente es evaluado a través de la verificación del cumplimiento de requisitos de capacidad legal, financiera, administrativa y técnica. La oferta es evaluada técnica y económicamente.</p>			

Algunas formas de construcción de barreras de entrada a los potenciales competidores del participante corruptor, son: **1.** Establecimiento de requisitos legales adicionales a los que contiene el ordenamiento jurídico. **2.** Requerimientos financieros desproporcionados al objeto de la contratación. Por ejemplo, si el presupuesto de la obra es de USD \$20 Millones y se requiere un capital de trabajo de USD \$10 Millones, acreditado únicamente con datos de los estados financieros, aplicando la fórmula  $\text{Capital de trabajo} = \text{Activos totales} - \text{Pasivos totales}$ . De esa manera se excluyen empresas que cuentan con líneas de crédito o financiamiento de casas matrices o filiales y empresas que cuentan con un capital de trabajo suficiente para la contratación y con avales bancarios para obtener un anticipo del 30% que la institución contratante otorgará al contratista para financiar la construcción. **3.** Establecimiento de requisitos técnicos desproporcionados, como exigir que toda la maquinaria a utilizar sea propiedad de la empresa contratista. etc.

5.3	USO/UA CI	<p><b>Instrucciones a los oferentes</b></p> <p>Los requerimientos que deberán cumplir los ofertantes para participar, indicando los documentos probatorios que deberán acompañar con la oferta.</p>	Art. 44 literal r) LACAP
<p>En la mayoría de Bases de Licitación, existe una sección denominada instrucciones a los licitantes, donde se establece los requerimientos necesarios para participar. El principal requisito para participar es la presentación en tiempo de las ofertas, acompañadas de su respectiva garantía de mantenimiento de ofertas.</p> <p>Los documentos probatorios que acompañan la propuesta, deben estar vinculados al sistema de evaluación de ofertas, de tal suerte que cada documento requerido debe tener un propósito dentro del proceso de selección. Es común encontrar casos, en los cuales los oferentes, han sido excluidos del proceso de evaluación por omitir presentar documentación irrelevante. Un ejemplo puede ser requerir las notas de la universidad del personal, cuando el criterio de evaluación únicamente valora la existencia del grado académico.</p>			
5.4	USO/UA CI	<p><b>Definición de nacionalidad de participantes</b></p> <p>En las diferentes formas de contratación podrán participar contratistas nacionales, o nacionales y extranjeros o sólo extranjeros, que se especificarán en cada caso oportunamente.</p>	Art. 39 inciso 2° LACAP.
<p>Mediante el establecimiento de barreras de entrada por nacionalidad, se limita la competencia favoreciendo a los acuerdos corruptos. Afortunadamente los Tratados de Libre Comercio de los que El Salvador es suscriptor, obligan a que a partir de determinados montos o umbrales, los procesos de licitación sean abiertos.</p>			
5.5	USO/UA CI	<p><b>Habilitación para presentar ofertas alternas</b></p>	Art. 44 literal e) y Art. 105 inciso 4°

		<p>Cuando corresponda, las Bases de Licitación deberán contener la previsión de presentar ofertas distintas con opciones y variantes.</p> <p>Si el constructor no teniendo intervención en el diseño, o el supervisor de la obra, manifiesta su desacuerdo con el diseño proporcionado por la institución, podrá dentro del proceso de licitación respectivo, presentar una opción más favorable para la obra a contratar. El plazo y etapa para dicha presentación se regulará en las Bases de Licitación</p>	<p>literal b) LACAP.</p>
<p>El principio de libre competencia que rige las compras públicas es definido como “Propiciar la participación dinámica e independiente del mayor número de oferentes en los procedimientos de selección, otorgándoles las mismas condiciones y oportunidades, bajo los parámetros establecidos por la Ley.” El Sistema de Evaluación de Ofertas de las Bases de Licitación debe contener criterios de evaluación objetivos, mensurables o cuantificables y no arbitrarios.</p> <p>En cumplimiento al principio de libre competencia, las propuestas técnicas y económicas en las licitaciones de construcción de obra pública deben ser presentadas en base a la misma información proporcionada por la institución contratante -en este caso el diseño-. Si se les permite a los licitantes, proponer una oferta alterna fundamentada en su propio diseño, no existe forma de adjudicar dicha propuesta, sin violentar los principios de igualdad y libre competencia. ¿Cómo podría realizarse una evaluación objetiva si se le permite a cada participante realizar su propio diseño?</p> <p>En todo caso si en las fases de preparación o selección se determina que el diseño de la institución es inviable, deberán dejarse sin efecto los procedimientos de contratación de construcción y supervisión y lanzar una convocatoria para contratar una consultoría para ajustar el diseño.</p>			
5.6	USO	<p><b>Forma de presentación de oferta económica</b></p> <p>La determinación de los precios unitarios por rubro y los precios totales.</p> <p>La oferta del precio o valor en moneda nacional, o alternativamente en moneda extranjera de conformidad con lo establecido en Convenios Internacionales.</p> <p>Las cotizaciones de las ofertas, en su caso, se harán con base a los Términos de Comercio Internacional INCOTERMS, vigentes.</p>	<p>Art. 44 literales g), h), e i) LACAP.</p>
<p>Cuando se adjudica un contrato, se acepta una oferta económica global que se compone de múltiples partidas con precios unitarios. Dichas partidas deben ejecutarse y no pueden modificarse libremente, ya que para la definición de las mismas, confluyen factores de calidad y precio vinculados al diseño, el cual se encuentra vinculado con el funcionamiento de la obra.</p>			



Es común que las instituciones contratantes hagan sobre estimaciones y sub estimaciones de alcances en las distintas partidas que componen la obra. Esos “problemas” suelen ser paliados mediante compensaciones entre partidas. **Las sobreestimaciones de partidas puede ser una forma de esconder las comisiones que serán pagadas al funcionario corrupto.**

5.7	USO	<b>Definición de lugar y plazo contractual</b>  El lugar y plazo de entrega de la obra, al que se refiera el contrato, así como los requisitos y plazos para la realización de los pagos por parte de la institución contratante.	Art. 44 literales j) y s)
-----	-----	---	---------------------------------

Hay muchos tipos de contratos en los que no es posible determinar la ubicación exacta de la obra (construcción de carreteras, instalación de tuberías etc.) ni el tiempo de duración de la misma. Si la etapa de Planificación ha sido bien desarrollada, tanto la ubicación de las obras como el plazo de desarrollo de las mismas, será definido de manera adecuada en las Bases de Licitación. Si la institución ha construido un documento que acentúa las asimetrías de información, puede establecer en las bases, un plazo de ejecución inferior al que realmente se necesita para finalizar los trabajos. Ante la imposibilidad de cumplir con el plazo de ejecución, la competencia se reduce, favoreciendo la adjudicación a favor de la empresa con quien se tiene un acuerdo corrupto. Si no le alcanza el tiempo, pueden “ayudarlo” mediante figuras legales como la suspensión de la obra o el otorgamiento de prórrogas.

Es importante señalar que no siempre la corrupción es pactada previamente a la adjudicación del contrato. Hay instituciones que crean mecanismos burocráticos para dilatar la liquidación de los pagos, con el único propósito de exigir sobornos a cambio de los mismos.

5.8	USO/UA CI	<b>Definición de lugar y plazo de presentación de ofertas</b>  El lugar de presentación de ofertas y el día y hora en que terminará el plazo para presentarlas, así como el lugar, día y hora en que se procederá a su apertura. El plazo para presentarlas deberá ser razonable y establecerse, tomando en cuenta la complejidad de la obra, pero en ningún caso podrá ser menor de 10 días hábiles.	Art. 44 literal k)
-----	--------------	---	-----------------------

Un mecanismo clásico de eliminación de competencia para favorecer al corruptor es la creación de Bases de Licitación extensas, poco claras, con muchas exigencias y muy poco tiempo para presentar ofertas. Es positivo que la Ley establezca un plazo mínimo para presentar ofertas, el cual puede ser suficiente para las licitaciones de adquisición de bienes de común utilización como papel, computadoras o llantas, pero el mismo es manifiestamente insuficiente para la preparación de ofertas para la realización de obras públicas.



5.9	UACI	<p><b>Definición de plazo para adjudicación y firma de contrato</b></p> <p>El plazo en el que después de la apertura de ofertas se producirá la adjudicación, el cual no podrá ser superior a 60 días en los casos de licitación o de concurso, pudiendo el titular de la institución, en casos excepcionales, prorrogarlo por 30 días más.</p> <p>El período de vigencia de la oferta deberá coincidir con el plazo de adjudicación.</p> <p>También debe indicarse el plazo para firma del contrato.</p>	Art. 44 literales l), m) y n) LACAP.
<p>Todo proceso de contratación tiene su grado de complejidad y toda institución contratante tiene distinta carga laboral, de lo anterior que los plazos para adjudicar y firmar contratos puede variar en cada caso. Sin embargo el establecimiento de plazos máximos o “<i>dead lines</i>” sirve para que las instituciones contratantes tengan menos margen de maniobra para perpetuar prácticas corruptas. Una licitación que nunca es resuelta, puede obedecer a que no se encuentra una forma legal de favorecer a la empresa con la que se pactó la comisión. Un contrato que nunca es firmado, puede obedecer a que se está negociando o renegociando el monto de la comisión.</p>			
5.10	USO/UACI	<p><b>Definición de garantías y seguros</b></p> <p>El tipo, plazo, origen, momento de presentación y monto de las garantías o de los seguros que deben rendirse y cualquier otro requisito según el caso.</p> <p>En las contrataciones de obra pública, se requieren las siguientes garantías:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) La garantía de mantenimiento de oferta;</li><li>b) La buena inversión de anticipo;</li><li>c) El cumplimiento de contrato;</li><li>d) La buena obra;</li></ul> <p>En las Bases de Licitación o de concurso podrá determinarse cualquier otro hecho que deba garantizarse, según el caso, aunque no aparezca mencionado anteriormente.</p> <p>En las mismas Bases de Licitación o de concurso, deberá indicarse la exigencia de estas garantías, los plazos en que deben rendirse o presentarse y, cuanto sea necesario para que los ofertantes queden plenamente informados, todo de acuerdo al objeto de las obligaciones que deben asegurarse.</p>	Arts. 31-38, 44 literal o) LACAP y Arts. 33-39 RELACAP

Las garantías sirven para que el oferente-contratista, cumpla con sus obligaciones precontractuales, contractuales y pos contractuales.

**Responsabilidades precontractuales:** Mantener la oferta y firmar el contrato.

**Responsabilidades contractuales:** Cumplir con todas las obligaciones derivadas del contrato. Dentro de esta categoría encontramos la garantía de cumplimiento de contrato y la de buena inversión del anticipo.

**Responsabilidades pos contractuales:** Responder por los vicios ocultos de la obra.

Desde un enfoque económico, las garantías constituyen costos de transacción para las empresas constructoras y para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, pueden convertirse en barreras de entrada, si las exigencias y el monto de las mismas son desproporcionados.

Si la institución contratante admite únicamente garantías emitidas por una institución con calificación de riesgo mínima de A2, excluye a los participantes que no son afianzables según las políticas de la entidad afianzadora. Por otra parte, entre mayores sean los montos a ser afianzados, las entidades emisoras requerirán mayores garantías de pago. Las empresas con bajo score financiero o carentes de garantías reales de pago, son excluidas por el mercado de afianzadores y por tanto no podrán rendir las fianzas requeridas en la licitación.

5.11	USO/UA CI/UFI	<p><b>Pagos anticipados</b></p> <p>El otorgamiento del anticipo se sujetará a lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Estar contenido en los instrumentos de contratación que corresponda, con indicación de las condiciones y procedimiento para otorgarlo, plazo de entrega, porcentaje y forma de amortización o compensación del anticipo;</li> <li>b) La determinación del monto a conceder en concepto de anticipo deberá estar plenamente justificado y ajustado, cuando aplique a las necesidades reales de capital de trabajo que presente el contratista, no pudiendo exceder del 30% del monto original del contrato;</li> <li>c) Después de formalizada la relación contractual, el contratista deberá presentar un plan de utilización de anticipo, el cual deberá detallar el uso del mismo, indicando las fechas y destino del monto a otorgarse;</li> <li>d) El anticipo que se otorgue, deberá pactarse bajo la condición de precio fijo, de tal manera que si hubiere un ajuste de precios, el anticipo siempre se mantendrá fijo;</li> <li>e) Se deberá otorgar previamente a favor de la institución contratante, la garantía de buena inversión de anticipo, en los términos legalmente establecidos, la cual será devuelta en el plazo establecido por la Ley; y,</li> </ul>	<p>Arts. 44 literales p) y z), 69 LACAP y Arts. 40 y 74 literal b) RELACAP</p>
------	------------------	--	--

		f) El contratista deberá contar con una cuenta bancaria exclusiva para los gastos financiados con el anticipo en cada contrato que suscriba con las instituciones de la Administración.	
<p>El procedimiento de otorgamiento y el monto del anticipo, deben estar declarados previamente por la institución para que los licitantes puedan calcular los costos financieros del contrato. Si las Bases de Licitación otorgan al administrador del contrato la potestad de autorizar o denegar el desembolso del anticipo, las empresas participantes no podrán contar con dichos fondos al momento de formular su propuesta económica y el Estado terminará pagando obras más caras. También es relevante señalar que el otorgar a un servidor público la responsabilidad de autorizar el desembolso así como la fiscalización del mismo, puede aumentar las posibilidades de negociación de un soborno.</p>			
5.12		<p><b>Retenciones y devolución</b></p> <p>En los contratos de obras, las instituciones contratantes deberán de retener al menos el cinco por ciento del monto total del contrato, tanto al contratista como al supervisor, a fin de garantizar cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales. La forma de retención se establecerá en las Bases de Licitación.</p> <p>La devolución del monto retenido se hará dentro de los quince días hábiles posteriores a la recepción definitiva y a entera satisfacción de la obra. Estas retenciones no devengarán ningún interés.</p>	
<p>La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece que cuando el constructor se encuentre en mora de entregar los trabajos, se le aplicará una multa calculada gradualmente por cada día de retraso. Cuando el retraso es por causa imputable al constructor, suele pactarse en los contratos, que la institución pagará los honorarios adicionales del supervisor, descontando el importe de los mismos de las retenciones realizadas al constructor.</p>			
5.13	USO/UA CI	<p><b>Definición del sistema de evaluación de ofertas</b></p> <p>La definición y selección de los factores de evaluación deberá ser adecuada y proporcional a las formas de contratación de que se trate, la naturaleza y el valor de la misma.</p> <p>A cada factor, deberá establecerse los criterios de evaluación y su ponderación en forma clara, los que deberán ser objetivos, mensurables o cuantificables y no</p>	<p>Art. 44 literales r) y v) LACAP y Arts. 46 y 53 y 55 RELACAP</p>

	<p>arbitrarios. En todo caso, deberán prevalecer los principios de publicidad, libre competencia, igualdad, ética, transparencia, imparcialidad, probidad, centralización normativa y descentralización operativa y racionalidad del gasto público.</p> <p>En el sistema de evaluación se asignará la puntuación que deben cumplir los Oferentes para garantizar su capacidad técnica y financiera, según corresponda, así como cualquier otro factor relevante para la capacidad de ejecución de la obra, bien o servicio de que se trate.</p> <p>Determinado que el Oferente cumple con el puntaje requerido, se pasará a la evaluación de lo ofertado.</p> <p>Los factores que pueden tomarse en cuenta para la evaluación son, entre otros:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Los criterios técnicos de capacidad y experiencia, tanto del Oferente, como de su personal permanente, tales como méritos académicos y la experiencia del personal que se encargará de ejecutar el contrato, cuando la naturaleza de la contratación así lo requiera;</li> <li>b) Su situación financiera y, evaluada con base a índices previamente establecidos;</li> <li>c) La metodología y el programa de trabajo, cuando aplique.</li> </ul> <p>Los criterios de evaluación de la capacidad técnica en las adquisiciones y contrataciones, podrán ponderarse teniendo en cuenta los conocimientos técnicos y experiencia del Oferente, cuando la naturaleza de la contratación así lo requiera, lo que podrá acreditarse según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Para el personal: por medio de la documentación que acredite la capacidad académica, profesional, técnica o científica del personal del Oferente, así como la experiencia comprobada en los últimos años en contrataciones que denoten capacidad en la materia de que se trate. En el caso de licitaciones, el personal directivo y técnico que estará encargado de la obra;</li> <li>b) Capacidad instalada: Deberá acreditarse la existencia de la maquinaria, material y equipo del que dispondrá el Oferente para la realización del contrato, ya sean propios o alquilados, cuando sea procedente.</li> </ul> <p>También deberán definirse los errores u omisiones subsanables.</p>	
<p>En principio, el Sistema Nacional de Adquisiciones de El Salvador, está configurado para el aprovisionamiento del Estado de obras, bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de sus fines. Para ello debe realizarse un uso eficiente de los recursos fiscales. La mejor forma de garantizar buenos precios es mediante la afluencia masiva de competidores a las convocatorias públicas realizadas por las instituciones contratantes.</p>		

El Marco Normativo contiene reglas y principios generales para la consecución de compras eficientes, delegando para ello la regulación de cada procedimiento a los titulares de las instituciones contratantes mediante la aprobación de Bases de Licitación. Una de las principales secciones de las Bases de Licitación es el Sistema de Evaluación de Ofertas.

El Sistema de Evaluación de Ofertas debe estar diseñado para garantizar que la institución contratante seleccione *al mejor oferente y a la mejor propuesta*. Al oferente se le verifica capacidad legal, financiera y técnica. La propuesta se analiza técnica y económicamente.

La evaluación de ofertas debe realizarse en estricto apego al contenido del Sistema de Evaluación de Ofertas previamente definido. La instancia competente para aplicar dicho sistema, es la Comisión de Evaluación de Ofertas.

Un Sistema de Evaluación de Ofertas que establece requisitos de elegibilidad innecesarios y que dota a la Comisión de Evaluación de Ofertas de amplia discrecionalidad, constituye un asidero perfecto para favorecer a los acuerdos corruptos.

5.14	UACI	<p><b>Definición de documentación legal</b></p> <p><b>i. Acreditación de oferentes.</b> Los documentos varían dependiendo la naturaleza jurídica del participante: persona natural (nacional/extranjera), persona jurídica (nacional/extranjera) (mercantil/ONG) o socio de participantes de igual o distinta nacionalidad y naturaleza jurídica.</p> <p><b>ii. Ausencia de incapacidades, impedimentos e inhabilidades para contratar.</b> Declaración jurada.</p> <p><b>iii. Veracidad de la información.</b> Declaración jurada.</p>	<p>Arts. 25, 26, 44 Literales t), w), 158 y 159 LACAP y Arts. 25 y 26 RELACAP</p>
<p>El establecimiento de la documentación legal que debe acompañar la oferta, tiene como único propósito verificar la capacidad legal del licitante -y de sus sub contratistas- para participar en el procedimiento de contratación y de su eventual vinculación contractual con la administración pública. Cualquier requerimiento que no cumpla los anteriores propósitos, es una barrera de entrada arbitraria y no debe consignarse en ninguna Base de Licitación.</p>			
5.15	USO/UACI	<p><b>Causales de Suspensión del contrato</b></p> <p>El titular de la institución, previa opinión del administrador del contrato remitida a la UACI, podrá acordar mediante resolución razonada, comunicada por escrito al contratista, la suspensión de la obra o parte de ésta, hasta un plazo de quince días hábiles sin responsabilidad para la institución contratante. Si el plazo se extendiere a más de quince días hábiles, deberá reconocerse al contratista y al supervisor los gastos en que incurriere por los días posteriores de suspensión.</p>	<p>Arts. 44 literal u) y 108 LACAP</p>

		<p>En caso de calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito, el titular de la institución podrá ampliar el plazo por un tiempo racional, sin costo adicional para la institución contratante.</p> <p>En caso de suspensión de la obra, sea de oficio o a solicitud del contratista, éste deberá realizar las actuaciones necesarias para evitar el deterioro de la obra ejecutada y para que la paralización no produzca daños en perjuicio de la institución contratante o de terceras personas. dicha suspensión deberá ser incorporada en el registro</p>	
<p>La Ley establece amplísima discrecionalidad a las instituciones contratantes para declarar la suspensión del contrato. Basta la emisión de una simple opinión por parte del <i>Administrador del Contrato</i>. Un ejercicio arbitrario de la amplia discrecionalidad de suspender puede obligar “legalmente” al constructor y al supervisor a extender el plazo del vínculo contractual por al menos quince días hábiles, sin reconocérseles a ninguno los gastos en los que deban incurrir por dicha suspensión.</p> <p>Por transparencia y seguridad jurídica para los participantes, las Bases de Licitación deberían enlistar las situaciones que pueden generar una suspensión administrativa e la obra y dicho tipo de actuaciones debería tener un marco de impugnaciones expedito e imparcial.</p>			
5.16	UACI	<p><b>Modelo general del contrato</b></p> <p>Sin perjuicio de las variaciones por la naturaleza del objeto contractual, los contratos contendrán como mínimo, lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Relación de las personerías de quienes suscriben el contrato. En el caso de las instituciones del Gobierno Central, deberá hacerse constar que su titular o a quien éste designe comparece en representación del Ramo correspondiente, salvo que se trate de contratos sobre adquisición de bienes muebles sujetos a licitación, en cuyo caso comparecerá el Fiscal General de la República;</li> <li>b) La determinación del objeto del contrato;</li> <li>c) La relación de los documentos contractuales que formarán parte integral del mismo;</li> <li>d) La fuente de financiamiento, la cual bastará como existencia de disponibilidad, no siendo necesario hacer constar el cifrado presupuestario;</li> <li>e) El precio contractual, forma de pago o cualquier otra forma compensatoria;</li> <li>f) El plazo de ejecución determinado en días hábiles o calendario, la fecha de inicio y terminación, a partir de la fecha en que se emita la orden de inicio correspondiente, en caso que la hubiere; el lugar y las condiciones de ejecución, entrega o prestación del servicio, así como los plazos para verificar el cumplimiento del objeto contractual, que deben ser establecidos de acuerdo a las características, complejidad y magnitud;</li> <li>g) La clase y el monto de las garantías a exigir, conforme lo dispuesto en la Ley y el presente Reglamento;</li> </ol>	<p>Arts. 45 LACAP y 23 RELACAP</p>



		<p>h) La identificación del Administrador del Contrato y sus atribuciones, conforme lo dispuesto en la Ley, el presente Reglamento y los instructivos que para tal efecto emita la UNAC;</p> <p>i) Las sanciones a que puede hacerse acreedor el contratista por incumplimiento total o parcial, así como por mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por causas imputables al mismo;</p> <p>j) Las penalizaciones contractuales por incumplimiento de aspectos técnicos;</p> <p>k) Las modificaciones que puedan surgir del contrato, dentro de los límites en la Ley y el presente Reglamento;</p> <p>l) Las causales por las cuales las instituciones podrán dar por extinguido el contrato, sin perjuicio de las establecidas en la Ley;</p> <p>m) La jurisdicción a que se someten las partes para resolver las discrepancias o conflictos previsibles y en su defecto, el pacto expreso de sometimiento a métodos alternativos de resolución de conflictos, de conformidad a la Ley;</p> <p>n) El sometimiento expreso a la Ley y al Reglamento;</p> <p>o) Lugar para recibir notificaciones;</p> <p>p) Lugar y fecha de la suscripción del contrato; y,</p> <p>q) Firma de las partes contratantes.</p> <p>Los contratos podrán formalizarse en escritura pública, en documento privado debidamente reconocido ante notario o documento privado, conforme su naturaleza y según convenga a los intereses de la Institución.</p>	
<p>Una forma de propiciar “negociaciones” con los ganadores de una licitación es mediante la configuración del contenido final del contrato. Para evitar dicha situación muchos países y organismos internacionales con normativa de adquisiciones han optado por la obligatoriedad de estandarización de contratos. En El Salvador, la obligación de la institución es incluir en las Bases de Licitación un modelo de contrato que no es necesariamente vinculante, por lo que los licitantes deben estar preparados a conocer en la fase de contratación, condiciones que debieron comunicársele previamente durante la fase de preparación de propuestas. Esta práctica cuando es generalizada y sistemática en el gobierno, genera sobrepagos que no necesariamente están vinculados al posterior pago de sobornos, sino a la previsión de riesgos.</p>			
5.17	UACI	<p><b>Vicios ocultos</b></p> <p>Art. 118.- La responsabilidad por vicios ocultos de la obra, será imputable según corresponda, al constructor, al supervisor o al consultor, la que prescribirá en los plazos establecidos en el Derecho Común.</p> <p>Si después de practicada la liquidación se comprobare vicios ocultos, se deberán ejercer las acciones legales correspondientes, para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.</p> <p>El plazo de prescripción de dichas acciones, es de veinte años.</p>	<p>Arts. 38, 118 LACAP y Art. 2254 Código Civil.</p>

En El Salvador, las transiciones de administraciones en las instituciones públicas no suele realizarse con toda la información y documentos necesarios. Ante un desastre por vicios ocultos en un puente recibido hace 15 años, es difícil esperar una acción legal del Estado. La conformación de expedientes públicos en línea puede servir para garantizar la efectividad de posteriores acciones judiciales por vicios ocultos en las obras. Si las contralorías institucionales fallan, las contralorías sociales presionarán.

5.18	USO/UA CI	<p><b>Seguros</b></p> <p>La institución contratante dependiendo de la naturaleza del contrato, podrá exigir al contratista un seguro que respalde los riesgos determinados en el contrato.</p>	Art. 87 LACAP
------	--------------	--	------------------

En los contratos de construcción de obra pública suele exigirse la rendición de una póliza de seguro de daños, para garantizar que la compañía aseguradora, indemnizará por daños ocasionados a personas o a la propiedad pública y privada, por incidentes ocurridos en el lugar de los trabajos.

5.19	UACI	<p><b>Ajuste de precios</b></p> <p>En los contratos en que el plazo de ejecución exceda de doce meses calendario, procederá el ajuste de los precios pactados, siempre y cuando, se compruebe en los mercados, modificaciones de precios que afecten los costos y solo por la parte no ejecutada de la obra no recibida. Estos ajustes deberán hacerse del conocimiento público.</p> <p>El ajuste se realizará aplicando, entre otros métodos, la fórmula polinómica específica para el contrato de que se trate, cuya estructuración le corresponderá a la institución contratante, tomando en consideración en la estructuración, el desglose de precios unitarios. Para tales efectos, la UNAC emitirá un instructivo para la estructuración de las fórmulas polinómicas, señalando las variables a considerar, atendiendo a la naturaleza del contrato, las cuales serán tomadas como base y particularizadas por las instituciones en los instrumentos de contratación y en los contratos.</p>	Art. 88 LACAP y Art. 79 RELACAP
------	------	---	--

**Pacta sunt servanda** es una locución latina, que se traduce como «lo pactado obliga», que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Constituye un principio básico del derecho civil (contractual). En los contratos con la administración pública si dicho principio fuera aplicado con rigurosidad, no sería posible realizar ajustes de precio a los contratos en ejecución. La anterior locución es matizada con el principio **Rebus sic stantibus**, que puede traducirse como "estando así las cosas". La cohesión de ambos principios puede expresarse así: Lo pactado obliga, siempre y cuando las condiciones bajo los cuales se celebró el contrato mantengan.

La industria de la construcción es particularmente vulnerable a las variaciones de los mercados de commodities, por lo que es necesaria cierta flexibilidad para ajustar los precios de los contratos de obra pública, para que se mantenga el equilibrio económico de las partes contratantes. El fundamento constitucional de dicha figura, se encuentra en el artículo 9 de la Constitución de El Salvador, el cual establece que “Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución (...)”.

Si no es bien utilizado, el ajuste de precios puede servir para incrementar el costo de los contratos y con ello pagar los sobornos o comisiones de los funcionarios corruptos.

5.20	UACI	<p><b>Subcontratación</b></p> <p>Las Bases de Licitación o de concurso, determinarán los términos de las subcontrataciones, y los ofertantes deberán consignar en sus ofertas toda la información relativa a las personas naturales o jurídicas a subcontratar. No podrá producirse la subcontratación, cuando las Bases de Licitación o de concurso y las cláusulas del contrato lo prohíban expresamente.</p> <p>El contratista podrá subcontratar únicamente las prestaciones accesorias o complementarias de la construcción de la obra, previa autorización por escrito de la institución contratante.</p>	<p>Arts. 89-91 LACAP</p>
------	------	---	------------------------------

En principio la subcontratación constituye una herramienta para mejorar la eficiencia en la ejecución de la obra por motivos de tiempo y especialidad de los trabajos. En la construcción de un edificio, la empresa constructora puede subcontratar la instalación del elevador, el sistema de aire acondicionado, la pintura de la fachada etc. con empresas especializadas en dichos trabajos con quienes se pueden negociar precios competitivos y su “know how” les permite trabajar mejor, más rápido y más barato.

La otra cara de la subcontratación es la utilización de empresas fantasmas, para disfrazar como subcontratos los activos obtenidos ilícitamente mediante el pago de sobornos. El mayor problema con este tipo de compañías ficticias es que en ocasiones están estructuradas de modos muy complejos que hacen prácticamente imposible identificar a sus beneficiarios finales. Esto es aun más difícil cuando estas empresas se constituyen en países con fuertes normas de privacidad en materia societaria, bancaria y fiscal (las denominadas “jurisdicciones secretas o paraísos fiscales”).

6		<p><b>Aprobación de Bases de Licitación</b></p> <p>La máxima autoridad de una institución, sea que su origen provenga de elección directa, indirecta o de designación, tales como Ministros o Viceministros en su caso, Presidentes de instituciones, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Directores de instituciones descentralizadas o autónomas, a quienes generalmente se les atribuye la representación legal de las instituciones de que se trate y el Alcalde, en el caso de</p>	
---	--	---	--

	Titular, Junta, Consejo Directivo, Concejo Municipal	<p>las Municipalidades, en adelante para los efectos de esta Ley, se les denominará el titular o los titulares.</p> <p>La autoridad competente para la adjudicación de los contratos y para la aprobación de las Bases de Licitación o de concurso, so pena de nulidad, será el titular, la Junta o Consejo Directivo de las respectivas instituciones de que se trate, o el Concejo Municipal en su caso; asimismo, serán responsables de la observancia de todo lo establecido en esta Ley.</p>	Arts. 17 y 18 LACAP.
--	--	---	----------------------

Independientemente de si se haya o no conformado un comité multidisciplinario para la adecuación de las Bases de Licitación, el proyecto de las mismas -con todas sus vulnerabilidades de corrupción y vicios- necesita ser autorizado mediante un acto administrativo denominado “Aprobación de Bases de Licitación”, el cual constituye un acto materialmente legislativo. Como se ha afirmado a lo largo del trabajo, las Bases de Licitación constituyen normas jurídicas emitidas por cada institución contratante en base a una delegación legal realizada por la LACAP. Todo titular, antes de autorizar el documento debería realizar un análisis de vulnerabilidad del mismo.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** A pesar de que desde el año 2000 en que fue emitida la LACAP, la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones (UNAC), como ente rector del SNA, ha tenido el mandato legal<sup>107</sup> de establecer modelos y guías obligatorias para la elaboración de Bases de Licitación, a finales del año 2016 la definición del formato y contenido de los documentos de contratación continúa siendo potestad exclusiva de las máximas autoridades de cada entidad ejecutora de fondos públicos. Aunque se tenga la buena práctica de conformar un comité multidisciplinario de adecuación, el proyecto de Base de Licitación no es vinculante y el titular es quien define el contenido final del mismo.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La inactividad de la UNAC en el establecimiento de modelos y guías obligatorios para la elaboración de Bases de Licitación, la falta de valor legal del Proyecto de Bases elaborado por el Comité de adecuación, así como la heterogeneidad de las materias reguladas a través de las Bases de Licitación, convierten la aprobación en un acto de amplísima discrecionalidad.

**3. Falta de Transparencia:** El titular de la institución contratante no tiene porqué documentar los motivos por los que reguló la contratación de la obra pública de determinada manera, tampoco tiene obligación legal de motivar las razones por las que rechazó o modificó el proyecto de Bases de Licitación elaborado por el Comité Multidisciplinario de Adecuación.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Debido a que no existe un mandato legal que obligue a motivar la decisión de aprobar el contenido heterogéneo de las Bases de Licitación, tampoco existen mecanismos institucionales para obligar a los funcionarios a que justifiquen el porqué regularon la licitación pública de determinada manera. En muchos países la importancia de aprobación de Bases de Licitación ha sido reconocida a tal grado en que la construcción del proyecto es realizada de manera multidisciplinaria y multisectorial, reduciendo la discrecionalidad de los titulares y permitiendo incluso la impugnación del contenido de las mismas. Un documento de licitación ilegal, indefectiblemente derivará en

<sup>107</sup> Art 43 inciso 2° LACAP.

una adjudicación ilegal así que ¿para qué esperar la adjudicación si el vicio puede corregirse ex ante? Sobre este punto Agustín Gordillo ha expresado que “Hay un argumento de razonabilidad o justicia natural, más uno de congruencia, que deben plantearse en relación a la publicidad de los pliegos y los derechos de los particulares a impugnarlos. Pues ha de ser obvio que bien poco vale conocer los pliegos y advertir sus dislates o negociados, o la dilapidación de fondos públicos, o que no se ha hecho audiencia pública, o que el pliego está dirigido a favor o en contra de personas o empresas determinadas, si no se puede hacer nada sino acudir a los medios de prensa”<sup>108</sup>

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	4		

7	Titular	<p><b>Nombramiento de la Comisión de Evaluación de Ofertas</b></p> <p>Dependiendo de la cantidad de adquisiciones o contrataciones, cada institución constituirá las Comisiones en cada caso, para la Evaluación de Ofertas que estime conveniente, las que serán nombradas por el titular o a quién éste designe. Dichas Comisiones podrán variar de acuerdo a la naturaleza de las obras, bienes o servicios a adquirir. Procederán en todo caso, cuando se trate de licitaciones o concursos públicos.</p> <p>Las comisiones a las que se refiere este artículo se formarán por lo menos con los miembros siguientes:</p> <p>a) El Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional o la persona que él designe;</p> <p>b) El solicitante de la obra, bien o servicio o su delegado;</p> <p>c) Un Analista Financiero; y,</p> <p>d) Un experto en la materia de que se trate la adquisición o contratación.</p> <p>En el caso de las municipalidades, tribunal de servicio civil, representaciones diplomáticas y consulares, las comisiones a que se refiere este artículo se conformarán de acuerdo a su estructura institucional.</p> <p>Cuando la institución no contare con personal especializado o idóneo en la materia de que se trate, solicitará colaboración de funcionarios públicos de otras instituciones</p>	
---	---------	---	--

<sup>108</sup> Tratado de Derecho Administrativo 10ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2014, Tomo II, p. 488.

		<p>del Estado, quienes estarán obligados a colaborar y, excepcionalmente, se podrá contratar especialistas.</p> <p>Cuando la obra, bien o servicio a adquirir involucre a más de una institución, se podrán constituir las comisiones de evaluación de ofertas inter-institucionales, identificando en ésta la institución directamente responsable, y será ésta quien deberá constituirla de conformidad con lo establecido en este artículo.</p> <p>No podrán ser miembros de la comisión o comisiones el cónyuge o conviviente, o las personas que tuvieren vínculo de parentesco hasta el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad con algunos de los ofertantes.</p>	
--	--	---	--

Una vez autorizado el documento normativo que regulará la licitación pública, la misma autoridad integra y nombra una Comisión de Evaluación de Ofertas multidisciplinaria. Una práctica común -debido a que no existe restricción legal-, es que las mismas personas que han participado en el diseño y adecuación de las Bases de Licitación son quienes conforman la Comisión de Evaluación de Ofertas, lo cual *a priori* no es algo malo, ya que se encuentran familiarizados con la normativa que aplicarán durante la evaluación.

Si han existido acuerdos corruptos entre el personal que adecuó las Bases de Licitación y algún oferente, probablemente también se otorgó amplios márgenes de discrecionalidad a la Comisión de Evaluación de Ofertas de la cual formarán parte. En este caso, el hecho de que el mismo personal que elabora las Bases de Licitación sea el encargado de aplicarla en la evaluación de ofertas, constituye un riesgo enorme de corrupción, ya que facilita la consumación del otorgamiento del contrato al participante con quien se pactó una comisión o soborno.

Cuando en las instituciones existen redes de corrupción, la separación del personal que adecúa Bases del que las aplica es insuficiente, ya que la Red puede tener amplia presencia y participación en los procesos de contratación. En algunos casos -como el diseño y construcción de grandes obras- las Comisiones de Evaluación de Ofertas, deberían integrarse de manera interinstitucional o con participación de testigos ciudadanos como los colegios de profesionales vinculadas a la construcción o las universidades.

Cuando el titular de la institución encabeza o forma parte de la red de corrupción, la integración de la Comisión de Evaluación de Ofertas con personal “de su confianza” es un acto clave para asegurar la adjudicación a favor de la empresa que paga el soborno.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** El nombramiento de cada uno de los integrantes de la Comisión, es potestad exclusiva de la máxima autoridad de la institución que promueve la licitación.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La Ley da parámetros muy vagos respecto a los perfiles de las personas que integrarán las Comisiones de Evaluación de Ofertas. Si bien un deber de abstención para aquellos comisionados que pudiesen tener conflictos de interés por situaciones de parentesco o participación accionaria, dicho deber no sirve de nada como disuasivo para la perpetración de actos de corrupción.

**3. Falta de Transparencia:** Con solo cumplir con los laxos requisitos que la Ley exige para conformar la Comisión, el titular de la institución contratante no tiene porqué motivar ni documentar las razones por las que eligió a determinadas personas o porqué no solicitó participación de personal de otras instituciones.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Debido a que no existe un mandato legal que obligue a motivar la decisión de por qué eligió a determinadas personas para integrar la Comisión, tampoco existen mecanismos institucionales para obligar a los funcionarios a que justifiquen dicha decisión. La única forma en que el titular puede rendir cuentas es cuando la integración de la CEO, no cumpla con los parámetros mínimos que establece la LACAP.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad		<b>4</b>	

8	Todos los servidores que han tenido acceso a las Bases de Licitación	<p><b>Confidencialidad de las Bases de Licitación</b></p> <p>Una vez elaborados los Instrumentos de Contratación, serán mantenidos bajo estricta confidencialidad, hasta la fecha en que se pongan a disposición de los interesados, a efecto de salvaguardar la igualdad de condiciones en que deben participar los Oferentes.</p> <p>Es causal de sanción con inhabilitación por tres años para el participante el obtener ilegalmente información confidencial que lo sitúe en ventaja respecto de otros competidores.</p> <p>Por otro lado se considera una infracción muy grave, sancionada con destitución para el servidor público el suministrar información a algún ofertante que le represente ventaja sobre el resto de ofertantes o contratistas potenciales;</p>	<p>Arts. 153 Literal b), 154 literal c), 158 Romano III, literal c) LACAP y Art. 43 RELACAP</p>
---	--	---	---

Al reconocer que las Bases de Licitación son normas jurídicas que contienen las “reglas del juego” y que el desarrollo de la libre competencia en igualdad de condiciones, es un requisito indispensable para que el Estado se beneficie con las mejores ofertas; adquiere sentido el interés del legislador por preservar la confidencialidad de las mismas, para no favorecer a las empresas que pagan sobornos. Lo habitual en la mayoría de las oficinas, es que el proyecto de Bases de Licitación pasa por muchas manos, desde el inicio del proceso hasta la aprobación de las mismas, lo cual vuelve difícil la cadena de custodia de la confidencialidad de las mismas. Cuando la UNAC estandarice las Bases de Licitación, la plataforma electrónica debería ser la única herramienta para la adecuación y resguardo de la misma.

**Análisis de vulnerabilidad:**

El esquema de análisis de factores de vulnerabilidad utilizado hasta el momento, está diseñado para examinar actuaciones, no obligaciones de no hacer o abstenciones, por lo que bastará con afirmar de que se trata de un deber de abstención, con enormes riesgos de ser incumplido.

Nivel de  
vulnerabilidad

**ALTO**

9	UACI	<p><b>Convocatoria pública</b></p> <p>La convocatoria para las licitaciones y concursos se efectuará en el sitio electrónico de compras públicas habilitado para ello y por lo menos en uno de los medios de prensa escrita de circulación nacional, indicando las obras, bienes o servicios a contratar, el lugar donde los interesados pueden retirar los documentos de información pertinentes, el costo si lo hubiere, así como el plazo para recibir ofertas y para la apertura de las mismas.</p> <p>Cuando por la naturaleza o especialidad de las obras, bienes y servicios a adquirir, sea conveniente hacer una licitación o concurso internacional, la convocatoria se realizará en forma notoria y destacada en los medios de prensa nacionales y medios de comunicación electrónica de acceso público, además, por lo menos en uno de los siguientes medios:</p> <p>a) Publicaciones técnicas especialidades, reconocidas de amplia circulación internacional; y,</p> <p>b) Periódicos de amplia circulación internacional.</p> <p>Los criterios para optar a cualquiera de estos medios, se regirán por aquél en el que tengan mayor acceso los potenciales ofertantes.</p> <p>el aviso de convocatoria a retiro de bases contendrá:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>El nombre de la Institución que hace la convocatoria, el número de licitación o concurso y la denominación del proceso;</li> <li>La identificación de las obras, bienes o servicios a contratar o adquirir;</li> <li>La indicación de los lugares, fechas y horarios en que los interesados podrán obtener las bases y especificaciones de la licitación o el concurso;</li> <li>El costo por su emisión y lugar de pago de las mismas, en caso que sean retiradas en la Institución;</li> <li>El plazo para recibir las ofertas, con indicación precisa de la fecha, hora y lugar de la celebración del acto de recepción y apertura de las mismas;</li> <li>La identificación, en el caso que la licitación o concurso sea internacional o se encuentre bajo las disposiciones de un capítulo especial contenido en un Tratado de Libre Comercio;</li> <li>Las aclaraciones o limitaciones derivadas de la aplicación de algún tratado o convenio; y,</li> <li>Otros datos que establezca la Ley y que la respectiva UACI estime necesarios y convenientes.</li> </ol>	<p>Arts. 47 y 48 LACAP y Art. 47 RELACAP</p>
---	------	--	--

A finales del siglo pasado, una de las formas utilizadas para restringir competencia y así favorecer adjudicaciones corruptas, era mediante la restricción de las convocatorias. Una práctica común era seleccionar periódicos vespertinos de escasa circulación y publicar en ellos el aviso de convocatoria.

Actualmente la plataforma del sistema electrónico de adquisiciones, masifica la divulgación de las convocatorias y la Ley exige que las mismas, sean también realizadas en periódicos de circulación nacional. Si bien se han obtenido avances significativos, no hay que olvidar que también pueden pactarse sobornos con empresas extranjeras con escasa o nula competencia nacional, en cuyo caso el esquema ordinario de publicación de convocatorias es inservible. Para prevenir este tipo de situaciones, la Ley debería obligar que en aquellas licitaciones en las que -durante la fase de estudio de mercado-, no se constató al menos 3 potenciales competidores, las convocatorias deban también publicarse en portales de alcance y afluencia global. Un sitio de excelente difusión es Development Business de la Organización Mundial de las Naciones Unidas. <https://www.devbusiness.com/>

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** El Jefe de la UACI es el único encargado de decidir en qué periódico se realizará la convocatoria pública, así como si la misma será nacional o internacional. La convocatoria en el portal nacional de compras públicas es obligatoria.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La Ley otorga amplia discrecionalidad para seleccionar el periódico y el alcance de la publicación. La convocatoria en el portal nacional de compras públicas es obligatoria.

**3. Falta de Transparencia:** La publicación debe documentarse y adjuntarse al expediente, sin embargo el Jefe UACI no tiene obligación de razonar ni documentar la decisión del periódico seleccionado, ni del alcance de la publicación (nacional o internacional -regional, global-).

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Puede exigirse explicación sobre por qué no se realizaron las publicaciones conforme a la Ley, pero no sobre porqué dentro de la discrecionalidad de la decisión, optó por publicar en determinado medio.

Factores de riesgo en procesos con varios oferentes nacionales			
PM	AD	FT	FR
X	-	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

Factores de riesgo en procesos con pocos oferentes nacionales			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	<b>4</b>		



10	UACI	<p><b>Examen y adquisición de Bases de Licitación</b></p> <p>Los interesados podrán obtener las Bases de Licitación o concurso de forma gratuita descargándolas directamente del sitio electrónico de compras públicas habilitado para ello; podrán también obtenerlas directamente en la UACI de la institución responsable de la convocatoria, durante el plazo establecido, en cuyo caso se cobrará por la emisión de éstas.</p> <p>Los instrumentos de contratación podrán descargarse por cualquier interesado, de forma gratuita del Sistema Electrónico de Compras Públicas, desde las cero horas del primer día fijado para obtenerlos, hasta las veintitrés horas cincuenta y nueve minutos del último día fijado para obtenerlos. Los que hayan tomado la decisión de participar en los procesos de Licitación o Concurso Público, deberán proporcionar sus datos en el Sistema, bajo las directrices emitidas por la UNAC, a efecto de facilitar la comunicación con la Institución.</p> <p>También podrán obtenerse directamente en la UACI de la institución responsable de la convocatoria, durante el plazo establecido, en cuyo caso se exigirá el pago correspondiente a los costos de su reproducción.</p> <p>Al momento de retirar las Bases de Licitación o concurso en la institución, el Jefe UACI o su designado, deberá elaborar una ficha individual en la que registrará los datos correspondientes, tales como:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Nombre de la Institución que hace la convocatoria, el número de licitación o concurso y la denominación del proceso;</li><li>b) Nombre de la persona natural o jurídica que compra las bases, dirección, correo electrónico, fax o teléfono para recibir notificaciones;</li><li>c) Nombre, documento de identificación y firma de la persona comisionada para retirar las bases;</li><li>d) Fecha y hora del retiro de bases; y,</li><li>e) Otras condiciones que se consideren pertinentes.</li></ul>	Art. 49 LACAP y Arts. 47 y 48 RELACAP
<p>En el pasado, después de la convocatoria restringida, la segunda barrera de entrada era el precio prohibitivo y desproporcionado que las instituciones contratantes cobraban en concepto de “venta de Bases de Licitación”. Dicho pago en realidad era una compra del derecho a competir. Ahora que las descargas son gratuitas y que el precio de las Bases debe ser proporcional a los costos de su reproducción, el problema ha sido superado.</p>			

Cuando existen acuerdos corruptos, los funcionarios suelen establecer un plazo muy corto para la adquisición o descarga de las Bases de Licitación y de manera figurada y literal “cruzan los dedos” porque nadie -aparte de la empresa corruptora- las adquiera. Entre más publicaciones se realicen y más tiempo estén disponibles las Bases de Licitación, aumenta la posibilidad de una mayor afluencia de competidores.

Un gravísimo vacío legal que actualmente existe, es la falta de establecimiento de un plazo mínimo para adquisición de las Bases de Licitación. De lo anterior, puede llegarse a absurdos tales como, que en una Licitación de obra pública cuyas fases previas han tardado años y han costado cientos de miles de dólares, el plazo para adquisición de Bases de Licitación sea únicamente de 2 días.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** El Jefe de la UACI es el único encargado de decidir el plazo para adquisición de Bases de Licitación.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La Ley no establece ningún parámetro para determinar el plazo de adquisición de Bases de Licitación.

**3. Falta de Transparencia:** El Jefe UACI no tiene obligación de razonar ni documentar la definición del plazo.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** No puede sancionársele por establecer determinado plazo para la adquisición de Bases.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad		<b>4</b>	

Consultas y aclaraciones			
11	USO/UACI	<p>Las consultas podrán ser realizadas en el sistema electrónico de compras públicas, bajo los mecanismos que en el mismo se establezcan, o formularse por escrito a la UACI de la Institución contratante.</p> <p>Corresponderá al Jefe UACI responder las consultas y emitir las aclaraciones correspondientes, en los plazos señalados en las Bases de Licitación o concurso y comunicar por escrito la respuesta a todos los interesados que hayan obtenido bases. Deberá además, publicar el contenido de la consulta y la respuesta en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, según proceda, sin especificar quién formula la consulta. En el caso de consultas sobre las especificaciones técnicas o administrativas, se estará a lo dispuesto en la letra f) del Art. 20-Bis de la Ley.</p>	<p>Art. 51 LACAP y Art. 49 RELACAP</p>

		En ningún caso, las respuestas o aclaraciones formuladas constituyen modificación al contenido de las bases o exención de algunos requisitos para los Oferentes, salvo que la Institución estime conveniente realizar adendas o enmiendas a las mismas.	
--	--	---	--

Recordando que los funcionarios corruptos buscarán siempre que las empresas con las que tienen acuerdos, cuenten con información más completa y oportuna (privilegiada) que los demás interesados; esta fase adquiere especial relevancia, ya que en ella puede sanearse la asimetría de información e incluso provocar la rectificación de errores mediante la emisión de adendas o enmiendas a las Bases de Licitación. La Ley franquea 2 mecanismos para canalizar las consultas: 1. Electrónico a través del sistema y 2. Por escrito a la UACI de la institución contratante. Las preguntas de índole técnico son analizadas por la unidad solicitante y las de tipo legal y administrativo son atendidas por la UACI.

Debido a que la Ley no establece ninguna consecuencia jurídica por la omisión de realizar una respuesta oportuna y congruente a los interesados, las instituciones pueden responder en términos vagos e imprecisos, en cuyo caso se desperdicia la oportunidad de sanear el vicio de asimetría de información y se consolida la ventaja de la empresa corruptora. Con una mala respuesta, se puede desalentar a un eventual licitante y restringir la competencia. Si la información con la que cuenta es de mala calidad, la magnitud de la obra es grande y los costos de presentación de ofertas son altos, las empresas no participarán.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** A pesar de que el Jefe de la UACI es el único canal de comunicación con las empresas interesadas, la responsabilidad de responder es compartida con la Unidad Solicitante, por lo que ambas cuentan con poder de monopolio en sus respectivas áreas (técnica, legal y administrativa).

**2. Amplia Discrecionalidad:** Los responsables pueden decidir si responden bien o mal.

**3. Falta de Transparencia:** Las consultas y respuestas forman parte del expediente de contratación y son públicas.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** No puede exigírsele explicación sobre por qué no fue más explícito o claro en sus respuestas.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	-	X
Nivel de vulnerabilidad		<b>3</b>	

	Titular, Junta, Consejo Directivo,	<b>Modificación a las Bases de Licitación</b> Las instituciones podrán hacer por escrito adendas o enmiendas a las Bases de Licitación o de concurso, antes de que venza el plazo para la presentación de las	Art. 50 LACAP y Art. 50 RELACAP
--	------------------------------------	--	---------------------------------

12	Concejo Municipal	<p>ofertas. Todos los interesados que hayan obtenido las Bases de Licitación o de concurso, serán notificados de igual manera de las modificaciones o aclaraciones correspondientes. Estos plazos serán fijados en las bases.</p> <p>Sin perjuicio de lo establecido en la Ley, cuando por situaciones excepcionales no fuese posible cumplir con dicho plazo, la adenda podrá ampliar el plazo de presentación de la oferta.</p> <p>Las adendas se notificarán con las formalidades que establece el Art. 74 de la Ley o podrá publicarse en el Sistema.</p>	
----	-------------------	---	--

Como todo cuerpo normativo, las Bases de Licitación son susceptibles de ser reformadas. Dada su finalidad y la consecuente naturaleza temporal de las mismas, el proceso de reforma debe ser oportuno y expedito. Cuando las Bases de Licitación contienen errores u omisiones, no han sido redactadas conforme a los parámetros legales (Pasos 5.1-5.20) o simplemente su contenido es contrario a los principios básicos de las compras públicas<sup>109</sup>, es menester que a oficio o a petición de interesado, la institución contratante ajuste el contenido de las mismas y si el error o la omisión es demasiado grave (no hay diseño para la construcción de la obra), el proceso debe ser dejado sin efecto.

La seguridad jurídica de las empresas que compiten honestamente se basa en la claridad y respeto a las reglas del juego previamente establecidas. A ellos es a quienes afecta la no modificación oportuna de las Bases de Licitación. La seguridad jurídica de la empresa que paga sobornos se basa en su relación de comercio ilícito con los funcionarios corruptos. Mientras cumplan con su parte del trato, la institución le seguirá favoreciendo.

#### **Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La facultad de modificar las Bases de Licitación corresponde únicamente al titular de la institución contratante.

**2. Amplia Discrecionalidad:** No existe ninguna norma que establezca en que situaciones el titular de la institución contratante, está obligado a modificar las Bases de Licitación.

**3. Falta de Transparencia:** La solicitud y la emisión de modificaciones a las Bases de Licitación forman parte del expediente de contratación y son públicos.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** No puede exigírsele explicación sobre por qué modificó las Bases de Licitación en determinado sentido ni por qué ignoró los pedidos de modificación realizados por las empresas interesadas o por el personal de la institución.

<sup>109</sup> No discriminación, publicidad, libre competencia, igualdad, ética, transparencia, imparcialidad, probidad, centralización normativa y descentralización operativa, racionalidad del gasto público Arts. 1 LACAP y 3 RELACAP.



Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	-	X
Nivel de vulnerabilidad	<b>3</b>		

13	UACI, USO, OFERENTES	<p><b>Presentación y apertura pública de ofertas</b></p> <p>Las ofertas se recibirán en la forma, fecha, lugar y hora indicada en los instrumentos de contratación en forma electrónica o física.</p> <p>Al momento de recibir las ofertas en formato físico, el Jefe UACI o la persona que designe, deberá elaborar una ficha en la que registrará:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Nombre de la Institución, el número y la denominación del proceso;</li><li>b) Nombre o denominación del Oferente;</li><li>c) Nombre y firma de la persona que entrega la oferta;</li><li>d) Fecha y hora de presentación de la oferta; y,</li><li>e) Otra información que se considere pertinente.</li></ul> <p>Posteriormente se procederá con el acto público de apertura de ofertas.</p> <p>En el acto de apertura pública, el representante de la UACI procederá a abrir los sobres de las ofertas técnica y económica, en el lugar, día y hora indicados en las Bases de Licitación o de concurso, en presencia de los ofertantes que deseen asistir y cuyas ofertas hayan sido presentadas en el plazo establecido en éstas. Aquellas ofertas recibidas extemporáneamente y las que no presenten la garantía de mantenimiento de ofertas, se considerarán excluidas de pleno derecho.</p> <p>Se revisará únicamente que se cumpla el requisito de la presentación de la Garantía de Mantenimiento de Oferta y leerá en voz alta el nombre o denominación de los Oferentes y el precio ofertado, así como cualquier otro dato relevante. Las ofertas no podrán ser rechazadas en el acto de apertura por ningún motivo, con excepción de lo estipulado en la Ley.</p> <p>Concluida la apertura se levantará un acta en la que se hará constar las ofertas recibidas y los montos ofertados, así como algún aspecto relevante de dicho acto.</p> <p>Posteriormente, la Comisión de Evaluación de Ofertas verificará el cumplimiento de las condiciones de la Garantía de Mantenimiento de Oferta.</p>	Arts. 44 literal g) y 53 LACAP y Arts.45, 51 y 52 RELACAP
----	----------------------------	---	--

<p>Para preservar la libre competencia en igualdad de condiciones, todos los participantes deben tener la misma información y el mismo tiempo para presentar ofertas. El legislador protege tanto esta situación al grado de decretar que las ofertas recibidas extemporáneamente serán excluidas de pleno derecho del proceso de evaluación. Es preocupante que el único instrumento probatorio para respaldar la exclusión de pleno derecho, sea una ficha escrita llenada por el participante que llegó tarde. Si es el único participante o si existe un pacto de colusión con los demás oferentes y el personal encargado de la recepción de ofertas lo permite, pueden recibirse ofertas extemporáneas, bastando consignar una hora y fecha falsas.</p>																		
<p>La Ley otorga discrecionalidad al Jefe de la UACI, para diferir por un plazo indeterminado, el acto de presentación de ofertas del acto de apertura, quedando en su resguardo los sobres sellados y rotulados. En ese ínterin puede violarse el contenido de los sobres y volverse a sellar y rotular, informándole a la empresa corruptora, acerca de las ofertas de la competencia y permitiéndole la entrega tardía de su propuesta o la sustitución de los sobres previamente presentados. La lista firmada por los oferentes no constituye garantía de transparencia alguna en el manejo de las ofertas físicas. <u>Las licitaciones electrónicas son la mejor garantía.</u></p>																		
<p>Una vez realizado el acto de apertura pública y levantada el acta respectiva, el Jefe de la UACI tiene discrecionalidad para guardar las propuestas y luego convocar a la Comisión de Evaluación de Ofertas. Si el Jefe de la UACI tiene un acuerdo previo con una empresa y detecta errores u omisiones en su documentación, puede permitir la modificación de su oferta técnica y la subsanación de errores u omisiones -que de haber sido detectados por una CEO transparente y proba- hubiesen ocasionado la descalificación del oferente. En resumen se pretende resaltar que el acta de apertura solo da certeza sobre las ofertas recibidas y los montos ofertados. Todo lo demás es susceptible de manipulación fraudulenta. Lo anterior <u>también podría solventarse con las licitaciones electrónicas.</u></p>																		
<p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p>																		
<p><b>1. Poder de Monopolio:</b> El Jefe de la UACI, es el único que tiene acceso a los sobres sellados que contienen las ofertas, desde su presentación hasta la primera reunión con la Comisión de Evaluación de Ofertas.</p>																		
<p><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> No existe ninguna norma que establezca el plazo máximo entre la presentación de ofertas y su apertura y puesta a disposición de la CEO.</p>																		
<p><b>3. Falta de Transparencia:</b> Aunque el registro de presentación y el acta de apertura de ofertas son públicos, el Jefe de la UACI no tiene obligación de justificar y documentar el porqué de los tiempos en los que -entre fases- retuvo los sobres de las ofertas.</p>																		
<p><b>4. Falta de Rendición de Cuentas:</b> No puede exigírsele explicación ni sancionársele porque no hay norma que establezca tiempos máximos de retención de propuestas.</p>																		
<table border="1"> <thead> <tr> <th colspan="4">Factores de riesgo</th> </tr> <tr> <th>PM</th> <th>AD</th> <th>FT</th> <th>FR</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>X</td> <td>X</td> <td>X</td> <td>X</td> </tr> <tr> <td>Nivel de vulnerabilidad</td> <td colspan="3" style="background-color: red; color: white; text-align: center;">4</td> </tr> </tbody> </table>			Factores de riesgo				PM	AD	FT	FR	X	X	X	X	Nivel de vulnerabilidad	4		
Factores de riesgo																		
PM	AD	FT	FR															
X	X	X	X															
Nivel de vulnerabilidad	4																	

### 8.2.1. Consolidado de vulnerabilidades

Paso	Nivel de vulnerabilidad
1. Solicitud de contratación	2
2. Obligación de documentar	2
3. Verificación de programación	1
4. Definición de modalidad de contrato de obra pública	2
5. Adecuación de Bases de Licitación	4
6. Aprobación de Bases de Licitación	4
7. Nombramiento de la Comisión de Evaluación de Ofertas	4
8. Confidencialidad de las Bases de Licitación	<b>ALTO</b>
9. Convocatoria pública (cuando hay diversidad de oferta nacional)	1
9.1 Convocatoria pública (cuando hay poca oferta nacional)	4
10. Examen y adquisición de Bases de Licitación	4
11. Consultas y aclaraciones	3
12. Modificación a las Bases de Licitación	3
13. Presentación y apertura pública de ofertas	4

### **8.3. Fase de selección**

En esta fase ya existe una relación jurídica entre la institución contratante y las empresas presentaron ofertas –ambos se encuentran sujetos a las Bases de Licitación-. Las empresas recopilaron la documentación legal, financiera, administrativa y técnica necesaria, invirtiendo una importante cantidad de recursos en presentar una propuesta. Entre gastos notariales, estudios de suelos, fianzas bancarias y horas/hombre invertidas, presentar ofertas en una licitación pública de construcción cuesta miles de dólares. En principio –salvo en casos de colusión- todo el que participa busca ganar la licitación, así como todo empresario que invierte, busca un retorno o rentabilidad.

Cuando el Estado, por problemas de caja, por la percepción generalizada de corrupción, o por cualquier otra circunstancia, pierde la capacidad de entusiasmar al mercado, se reduce la oferta en las licitaciones, favoreciendo la proliferación de transacciones corruptas. La fase de selección es una excelente oportunidad para hacer buen gobierno y ganar credibilidad ante los ojos del público.

Cuando un empresario ha realizado una fuerte inversión en presentar una propuesta para ganar la adjudicación del contrato y la institución contratante le niega el conocimiento de los motivos por los cuales su oferta fue rechazada y/o le impide el acceso al expediente de contratación para verificar que la evaluación del ganador, ha sido realizada conforme a las reglas del juego previamente definidas, el mensaje del Estado es claro: ¡No vuelva a participar!

**Cuadro 10: Vulnerabilidades Fase de Selección.**

PASO	RESPONSABLE	DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN	BASE LEGAL		
1	CEO	<p><b>Confidencialidad del proceso de evaluación</b></p> <p>Después de la apertura de las ofertas y antes de la notificación del resultado del proceso, no se brindará información alguna con respecto al examen, tabulación, aclaración y evaluación de las ofertas y las recomendaciones relativas a las adjudicaciones de las mismas, a ninguna persona o personas que no estén vinculadas en el proceso de análisis y evaluación de ofertas. Esto se aplica tanto a funcionarios o empleados de la institución contratante, como a personal relacionado con las empresas ofertantes. La infracción a la anterior prohibición dará lugar a la aplicación de las sanciones correspondientes.</p>	Arts. 54 LACAP		
<p>Al reconocer que las Bases de Licitación son normas jurídicas que contienen las “reglas del juego” y que el desarrollo de la libre competencia en igualdad de condiciones, es un requisito indispensable para que el Estado se beneficie con las mejores ofertas; es necesario dar garantías a los participantes de que las reglas del juego serán respetadas y que no se favorecerá a nadie durante la evaluación de propuestas. Un miembro del comité que avisa a la empresa corruptora sobre la necesidad de subsanar un error u omisión antes de que sea realizada a través del canal oficial, le está otorgando una ventaja indebida. Otro ejemplo lo encontramos en una situación en la que a la empresa corruptora se le filtre los motivos de su exclusión para que cuando le sean notificados los resultados, ya tenga lista la impugnación a los mismos.</p> <p>Si el personal que conforma en Comité de Evaluación de Ofertas ha sido ajeno a las fases previas, los riesgos de fuga de información se reducen exponencialmente.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <p>El esquema de análisis de factores de vulnerabilidad utilizado hasta el momento, está diseñado para examinar actuaciones, no obligaciones de no hacer o abstenciones, por lo que bastará con afirmar de que se trata de un deber de abstención, con enormes riesgos de ser incumplido.</p> <div style="text-align: center;"> <table border="1" data-bbox="570 1402 1114 1467"> <tr> <td data-bbox="570 1402 776 1467">Nivel de vulnerabilidad</td> <td data-bbox="776 1402 1114 1467" style="background-color: red; color: white; font-weight: bold; font-size: 1.2em;">ALTO</td> </tr> </table> </div>				Nivel de vulnerabilidad	ALTO
Nivel de vulnerabilidad	ALTO				
2	CEO	<p><b>Evaluación de ofertas</b></p> <p>La Comisión de Evaluación de Ofertas deberá evaluar las ofertas en sus aspectos técnicos y económico-financieros, utilizando para ello los criterios de evaluación establecidos en las Bases de Licitación.</p>	Art. 55 LACAP y Art. 46 RELACAP		

		<p>La Comisión de Evaluación de Ofertas en su caso, deberá verificar que las ofertas incluyan la información, documentos legales, financieros, técnicos y demás requisitos establecidos en los instrumentos de contratación que corresponda.</p> <p>Para efectuar el análisis de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas <u>deberá tomar en cuenta únicamente los factores y criterios indicados en el Sistema de Evaluación de Ofertas de las Bases de Licitación.</u></p> <p>En el sistema de evaluación se asignará la puntuación que deben cumplir los Oferentes para garantizar su capacidad técnica y financiera, según corresponda, así como cualquier otro factor relevante para la capacidad de ejecución de la obra, bien o servicio de que se trate.</p> <p><u>Determinado que el Oferente cumple con el puntaje requerido, se pasará a la evaluación de lo ofertado.</u></p>	
<p>Ya se ha señalado que las reglas del juego en una licitación pública, son establecidas en un documento denominado Bases de Licitación. Dicho documento regula una heterogeneidad de materias y puede ser elaborado por la UACI y la Unidad Solicitante o por un comité de adecuación multidisciplinario. El proyecto de Bases de Licitación debe ser aprobado por la máxima autoridad de la institución contratante y una vez se hace público con la convocatoria, se convierte en una norma jurídica vinculante para la institución promotora y las empresas interesadas en concursar. Debido a la heterogeneidad de las materias reguladas, para su aplicación es necesario el nombramiento de una Comisión de Evaluación de Ofertas multidisciplinaria, la cual en base a las “reglas del juego” previamente definidas, revisa las ofertas y recomienda al titular de la institución la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierto del proceso. Todo lo actuado por la Comisión de Evaluación de Ofertas, debe realizarse en apego a las regulaciones de las Bases de Licitación, de tal suerte que unas Bases ilegales, derivan en una recomendación ilegal, así como unas Bases con amplia discrecionalidad, devienen en una decisión discrecional.</p> <p>Las vulnerabilidades de corrupción en este paso están vinculadas con los “márgenes de maniobra” de la Comisión Evaluadora así como en las desviaciones de la misma respecto a los parámetros de evaluación previamente definidos.</p> <p>Para preservar la libre competencia en igualdad de condiciones, todos los participantes deben tener la misma información y el mismo tiempo para presentar ofertas. El legislador protege esta situación a tal grado que decreta que las ofertas recibidas extemporáneamente serán excluidas de pleno derecho.</p> <p>La Ley otorga discrecionalidad al Jefe de la UACI, para diferir por un plazo indeterminado, el acto de presentación del acto de apertura de ofertas, quedando en su resguardo los sobres sellados y rotulados. En ese ínterin puede violarse el contenido de los sobres y volverse a sellar y rotular, informándole a la empresa corruptora, acerca de las ofertas de la competencia y permitiéndole la entrega tardía de su propuesta o la sustitución de los sobres previamente presentados. El acta de apertura solo da certeza sobre las ofertas recibidas y los montos ofertados. Todo lo demás es susceptible de manipulación fraudulenta. Lo anterior podría solventarse con la implementación de licitaciones electrónicas.</p>			

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** Salvo que el titular lidere una red de corrupción e integre una Comisión de Evaluación de Ofertas “colaboradora”, la conformación plural de un ente colegiado, reduce el poder de monopolio y previene la corrupción. Entre más ajeno a los actos previos sea el Comité, mayor transparencia.

**2. Amplia Discrecionalidad:** Por regla general un proceso en el que se busca favorecer a determinada empresa, se registrará por Bases de Licitación que otorgan amplia discrecionalidad a la Comisión de Evaluación.

**3. Falta de Transparencia:** El proceso de evaluación de ofertas así como la recomendación son documentados en un informe de evaluación y en un acta de recomendación los cuales forman parte del expediente público de la contratación.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** La Ley no franquea mecanismos de control de la evaluación y recomendación per se, sin embargo, las mismas -en principio- constituyen el fundamento del acto de adjudicación o de declaratoria de desierto del proceso de licitación que pronuncia la máxima autoridad de la institución, el cual sí es controlable a través de mecanismos de impugnación utilizados por los licitantes. La evaluación es un acto sujeto a controles institucionales ex post.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
-	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad		<b>1</b>	

Previsiones			
3	CEO	<p>En caso que en la presentación de la oferta, el Oferente incurra en errores u omisión de algunos documentos que se establezcan como subsanables en las bases, conforme lo dispuesto en el Art. 44, literal v) de la Ley, la CEO solicitará al Jefe UACI que requiera por escrito la subsanación o los documentos que deberán agregarse o completarse en el plazo establecido. En caso de no subsanarse oportunamente, la oferta no se tomará en cuenta para continuar con el proceso de evaluación, denominando al Oferente no elegible para continuar la evaluación.</p>	<p>Art. 44 literal v) LACAP y Art. 53 RELACAP</p>

Existen dos formas de definir qué documentos son subsanables: **1.** Haciendo un listado (taxativo) y **2.** Estableciendo parámetros. Ambos sistemas tienen sus pros y contras.

*El sistema taxativo* tiene la fortaleza de reducir la discrecionalidad de la Comisión de Evaluación así como la debilidad de excluir aspectos que deberían poder subsanarse, por el simple hecho de no enlistarlos. Si en una licitación de construcción de una carretera, un participante omitió presentar copia del documento de identidad del representante legal

y las Bases de Licitación no enlistaron dicha omisión como subsanable, la Comisión excluirá al participante del proceso de evaluación -a pesar de haber sido la mejor propuesta técnica y económica-.

*El sistema de parámetros* tiene la fortaleza de reducir la exclusión de ofertas, pero es débil en cuanto a que otorga discrecionalidad para decidir, qué es subsanable y qué no lo es.

Una forma de excluir tácitamente a un participante es ambos sistemas, es dando un plazo insuficiente para subsanar el error u omisión prevenido.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La decisión de realizar una prevención es colegiada.

**2. Amplia Discrecionalidad:** En el sistema taxativo no hay discrecionalidad en cuanto a qué aspectos son subsanables en el de parámetros sí. En ambos hay discrecionalidad respecto al plazo otorgado para subsanar la prevención.

**3. Falta de Transparencia:** En un sistema taxativo, se conoce previamente que documento es prevenible. En un sistema de parámetros se determina en el momento de la evaluación, en cuyo caso de precisarse como el error u omisión encaja dentro de los parámetros previamente definidos. En cualquier caso la prevención se realiza por escrito, forma parte de expediente y se vuelve pública al finalizar el proceso.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Puede exigírsele explicación sobre por qué no realizó prevenciones de errores u omisiones previamente enlistados o por qué se desvió de los parámetros previamente establecidos. Los participantes afectados pueden impugnar la decisión cuando la Comisión se desvíe del sistema de prevenciones establecido en las Bases de Licitación.

Factores de riesgo en procesos con sistemas taxativos			
PM	AD	FT	FR
-	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

Factores de riesgo en procesos con sistemas de parámetros			
PM	AD	FT	FR
-	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

4	CEO	<p><b>Informe de Evaluación</b></p> <p>La Comisión de Evaluación de Ofertas, una vez finalizado el análisis de las propuestas y de acuerdo con los factores y criterios de evaluación establecidos en los</p>	<p>Art. 56 LACAP y Art. 56 RELACAP</p>
---	-----	---	--

	<p>instrumentos de contratación correspondientes, emitirá un informe por escrito, señalando la oferta que resultó mejor evaluada, especificando los puntajes correspondientes de todas las ofertas, con indicación de su monto, detalle de las ofertas descalificadas y sus motivos, haciendo la recomendación que corresponda, ya sea para que el titular acuerde la adjudicación, o para que declare desierto el procedimiento. Dicho informe deberá ser firmado por todos los integrantes de la Comisión y los que estuvieren en desacuerdo, dejarán constancia de la razón de su inconformidad.</p> <p>La recomendación comprenderá la calificación de la oferta mejor evaluada para la adjudicación correspondiente. Asimismo, incluirá la calificación de aquellas otras que en defecto de la primera, representan opciones a tomarse en cuenta para su eventual adjudicación de acuerdo a las Bases de Licitación o de concurso.</p>	
--	---	--

El informe de evaluación sirve para que la Comisión de Evaluación de Ofertas, documente el proceso de evaluación de ofertas, desde que se recibieron las propuestas, hasta que se ha determinado la recomendación que se realizará al titular. Dicho documento, es el principal insumo para la emisión del acto de adjudicación y su redacción debe realizarse en términos claros en los que pueda evidenciarse que toda la evaluación se ha realizado en apego a los criterios previamente establecidos.

**Análisis de vulnerabilidad:**

- 1. Poder de Monopolio:** La formalización del documento es colegiada.
- 2. Amplia Discrecionalidad:** No hay parámetros legales para la estructuración del informe de evaluación. A pesar de lo anterior, se sobreentiende que en el texto del mismo, debe hacerse constar que la evaluación ha sido realizada en apego a las Bases de Licitación.
- 3. Falta de Transparencia:** Independientemente de la forma en que sea elaborado el informe, es parte del expediente y al finalizar el proceso, se convierte en un documento de acceso público.
- 4. Falta de Rendición de Cuentas:** La Ley no franquea mecanismos de control de la evaluación y recomendación per se, sin embargo las mismas -en principio- constituyen el fundamento del acto de adjudicación o de declaratoria de desierto del proceso de licitación que pronuncia la máxima autoridad de la institución, el cual sí es controlable a través de mecanismos de impugnación.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
-	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

5	CEO	<p><b>Acta de Recomendación</b></p> <p>De toda recomendación se levantará un acta que deberá ser firmada por todos los miembros de la Comisión. Los que estuvieren en desacuerdo dejarán constancia razonada de su inconformidad en la misma acta.</p>	Art. 56 LACAP																
<p>La recomendación se hace constar en un acta firmada por todos los integrantes del comité.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <p><b>1. Poder de Monopolio:</b> La formalización del documento es colegiada.</p> <p><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> No hay parámetros legales para la estructuración del acta de recomendación. Dicho documento se complementa con el informe de evaluación.</p> <p><b>3. Falta de Transparencia:</b> Independientemente de la forma en que sea elaborada el acta, es parte del expediente y al finalizar el proceso, se convierte en un documento de acceso público.</p> <p><b>4. Falta de Rendición de Cuentas:</b> La Ley no franquea mecanismos de control de la evaluación y recomendación per se, sin embargo, las mismas -en principio- constituyen el fundamento del acto de adjudicación o de declaratoria de desierto del proceso de licitación que pronuncia la máxima autoridad de la institución, el cual sí es controlable a través de mecanismos de impugnación. Además, la evaluación es un acto sujeto a controles institucionales ex post.</p> <table border="1" data-bbox="570 1110 1114 1272"> <thead> <tr> <th colspan="4">Factores de riesgo</th> </tr> <tr> <th>PM</th> <th>AD</th> <th>FT</th> <th>FR</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>-</td> <td>X</td> <td>-</td> <td>-</td> </tr> <tr> <td>Nivel de vulnerabilidad</td> <td colspan="3" style="background-color: yellow; text-align: center;"><b>1</b></td> </tr> </tbody> </table>				Factores de riesgo				PM	AD	FT	FR	-	X	-	-	Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		
Factores de riesgo																			
PM	AD	FT	FR																
-	X	-	-																
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>																		
6	Titular	<p><b>Análisis de Recomendación y resolución</b></p> <p>Una vez emitido el dictamen de la CEO, si el titular lo considera conveniente, podrá requerir opinión del departamento o unidad jurídica o al asesor legal, sobre la legalidad del proceso y de la documentación relacionada, si la Institución dispone de los recursos para este fin. Este dictamen deberá ser emitido en un plazo máximo de cinco días después de haber sido recibido el requerimiento de la opinión, respetando los plazos máximos de adjudicación establecidos en la Ley.</p> <p>Cuando la autoridad competente no aceptare la recomendación de la oferta mejor evaluada, deberá consignar y razonar por escrito su decisión y podrá optar por alguna de las otras ofertas consignadas en la misma recomendación, o declarar desierta la licitación o el concurso.</p>	Art. 56 LACAP y Art. 56 RELACAP																

		<p>Si la autoridad competente para la adjudicación estuviere de acuerdo con la recomendación formulada por la Comisión de Evaluación de Ofertas, procederá a adjudicar la contratación de las obras, bienes o servicios de que se trate. La UACI dará a conocer el resultado mediante la Resolución de Adjudicación correspondiente.</p> <p>La resolución de adjudicación no estará en firme hasta transcurridos cinco días hábiles posteriores a su notificación, período dentro del cual se podrá interponer el recurso de revisión regulado por esta Ley.</p>	
<p>Una vez rendido el informe de evaluación y emitida el acta de recomendación, el titular tiene la potestad de realizar un examen de la legalidad del proceso. La Ley no determina en qué consiste dicho examen de “legalidad”, pero al recordar que las Bases de Licitación constituyen una norma jurídica y la evaluación de ofertas una aplicación de dicha norma, puede concluirse con que el examen de la legalidad, es en realidad un examen de todo el proceso de evaluación de ofertas, verificando que el mismo haya sido realizado conforme a la norma.</p> <p>En base al examen de legalidad, el titular puede rechazar la recomendación y optar por otras ofertas adjudicables detalladas en el informe. Es necesario aclarar que si bien en esta etapa puede revisarse el proceso de evaluación, no es posible que el asesor legal, realice una nueva evaluación y emita una nueva recomendación. Si del examen de legalidad se determina que no puede adjudicarse el contrato a ningún participante, el titular debe razonar el rechazo de la recomendación de la Comisión y declarar desierto el proceso.</p> <p>El rechazo de recomendaciones exonera de responsabilidad a la Comisión de Evaluación de Ofertas y la responsabilidad recae totalmente sobre la máxima autoridad de la institución contratante. Considerando que suelen existir relaciones de subordinación jerárquica entre quien recomienda y quien toma la decisión y tomando en cuenta que el rechazo de la recomendación exonera de responsabilidad a la Comisión, existe un claro y enorme peligro de injerencia de los superiores. Si al titular no le “gusta” la recomendación, para no asumir totalmente la responsabilidad de rechazarla, ejercerá presión sobre la Comisión para que cambie su recomendación y la “ajuste a su gusto”.</p> <p><b>Análisis de vulnerabilidad:</b></p> <p><b>1. Poder de Monopolio:</b> La potestad de realizar un examen de legalidad, así como la de aceptar o rechazar la recomendación, corresponde únicamente al titular de la institución contratante.</p> <p><b>2. Amplia Discrecionalidad:</b> Existe amplia discrecionalidad para decidir si se realiza o no un examen de legalidad, así como la forma y contenido de dicho examen.</p> <p><b>3. Falta de Transparencia:</b> El titular no está obligado a razonar la decisión de requerir un examen de legalidad; sin embargo si rechaza la recomendación sí está obligado a documentar las razones que motivan el rechazo.</p> <p><b>4. Falta de Rendición de Cuentas:</b> Independientemente si el titular solicita examen de legalidad o si acepta o rechaza la recomendación, la resolución que pone fin al procedimiento, es controlable a través de mecanismos de impugnación. El examen de la “legalidad del proceso” es un acto sujeto a controles institucionales ex post.</p>			

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad		<b>2</b>	

7	UACI	<p><b>Notificación de resultados</b></p> <p>La UACI, notificará a todos los participantes la resolución del proceso de licitación dentro de los dos días hábiles siguientes de haberse proveído. Este surtirá efecto a partir del día siguiente al de su notificación, que se hará mediante entrega de la copia íntegra del acto, personalmente al interesado o por correo con aviso de recibo o por cualquier otro medio que permita tener constancia fehaciente de la recepción.</p> <p>A menos que el interesado consienta en recibir la esquila de notificación en la oficina administrativa o en otro lugar, la entrega debe realizarse en el lugar señalado para notificaciones.</p>	Arts. 57 y 74 LACAP
---	------	--	---------------------

Actualmente, el ordenamiento jurídico únicamente permite la impugnación de los actos que ponen fin al procedimiento de contratación pública. La notificación debe realizarse mediante copia íntegra de dicho acto. Un elemento esencial de todo acto administrativo es la motivación del funcionario que lo emite. Dicha motivación debe hacerse del conocimiento de todas las empresas participantes.

Como medida de transparencia, para evitar que se modifiquen las resoluciones del proceso después de haberse emitido, la Ley otorga un plazo de hasta dos días para notificarlas. A partir de ese momento, quienes se consideren agraviados pueden solicitar vista del expediente e impugnar el resultado, para ello cuentan con solo cinco días hábiles.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La obligación de notificar el acto que pone fin al procedimiento recae únicamente sobre el Jefe de la UACI.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La forma y el plazo de notificación está reglamentado sin márgenes de maniobra para el funcionario responsable.

**3. Falta de Transparencia:** La notificación se realiza por escrito, dejándose constancia de la recepción de la misma. Dicho documentos forman parte del expediente público de la contratación.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** El acto de notificación es sujeto de control de legalidad. Una mala notificación a un participante “perdedor” puede invalidar la adjudicación y paralizar la ejecución del contrato.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	-	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

8	UACI	<p><b>Acceso al expediente para los licitantes</b></p> <p>Los oferentes tendrán acceso irrestricto al expediente de la licitación pública en la que participaron. La negatoria injustificada de acceso al expediente de contratación, por parte de la UACI, es una infracción leve sancionada con amonestación verbal.</p>	<p>Arts. 10 literal i) y 151 literal a)</p>
---	------	--	---

Algunas instituciones desnaturalizan el sentido de la Ley de Acceso a la Información Pública, escudándose en la misma para permitirle al peticionario, acceso únicamente a su propia oferta, vedándole así la posibilidad de realizar un examen integral de la evaluación realizada por la Comisión de Evaluación de Ofertas, especialmente la evaluación de la empresa ganadora. Si han existido irregularidades premeditadas en el proceso de evaluación, el Jefe de la UACI buscará cualquier tipo de subterfugios para restringir el acceso irrestricto al expediente a los participantes de la licitación<sup>110</sup>.

Si la notificación no contiene elementos que permitan identificar irregularidades y el acceso al expediente es restringido, los interesados no tendrán elementos de juicio para fundamentar su impugnación.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La potestad de establecer los términos bajo los cuales se permitirá acceso al expediente, le corresponde únicamente al Jefe de la UACI.

**2. Amplia Discrecionalidad:** Existe amplia discrecionalidad para decidir los términos de acceso al expediente de contratación.

**3. Falta de Transparencia:** A pesar de no estar reglamentado, existe la práctica de levantar un acta para dejar constancia de que el oferente tuvo acceso al expediente de contratación. Dicha acta forma parte del expediente público del proceso. A pesar de lo anterior, no existe transparencia respecto a las decisiones discrecionales del Jefe UACI para dificultar el acceso al expediente. Un ejemplo clásico es permitir el acceso tan solo dos (2) horas antes de que venza el plazo para impugnar los resultados.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** La negatoria de acceso al expediente conlleva leves sanciones legales (amonestación verbal). Los subterfugios que en base a la Ley de Acceso a la Información Pública, dificultan el acceso completo y oportuno al expediente, carecen de consecuencia jurídica.

<sup>110</sup> Algunas prácticas comúnmente utilizadas son: 1. calificar la información de los demás participantes como confidencial. 2. Otorgar pocos minutos para la vista del expediente. 3. Entregar expedientes desordenados etc.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad		<b>4</b>	

9	Oferentes	<p><b>Impugnación administrativa</b></p> <p>De toda resolución de adjudicación o declaratoria de desierto pronunciadas en los procedimientos de contratación regulados por esta Ley, que afectaren los derechos de los particulares, procederá el recurso de revisión, interpuesto en tiempo y forma.</p> <p><b>Tiempo:</b> Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de resultados.</p> <p><b>Forma:</b> Escrito presentado ante el funcionario que dictó el acto y deberá contener:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) El nombre o denominación del recurrente, el nombre y generales del representante legal o de su apoderado, en su caso y el lugar señalado para oír notificaciones;</li> <li>b) Identificación precisa del acto contra el que se recurre y las razones de hecho y de derecho que fundamentan la impugnación, así como los extremos que deben resolverse;</li> <li>c) Lugar, fecha y, firma del peticionario.</li> </ul>	Arts. 76-78 LACAP y Art. 71 RELACAP
10	Titular	<p><b>Examen de admisibilidad</b></p> <p>La resolución sobre admisibilidad o rechazo de cualquier recurso, deberá proveerse dentro de los tres días hábiles siguientes a partir del día de la recepción del mismo.</p> <p>Mediante la resolución que admite el recurso, se mandará a oír, dentro del plazo de tres días, contados a partir del día siguiente a la respectiva notificación, a los terceros que puedan resultar perjudicados con el acto que lo resuelve.</p> <p>El proceso de contratación quedará suspendido en el lapso comprendido entre la interposición del recurso de revisión y la resolución del mismo.</p>	Art. 77 LACAP

La Ley establece requisitos de forma que debe verificar la autoridad que emite el acto para decretar la admisión del recurso. Considerando que las impugnaciones suspenden el proceso adquisitivo y que dicho proceso está vinculado a la satisfacción de necesidades colectivas, es justificable el establecimiento de requisitos de admisibilidad. Los recursos administrativos constituyen un mecanismo de control ciudadano y de auto tutela de la actividad de las instituciones,

por tanto algunas corrientes de pensamiento jurídico abogan por el antiformalismo para el trámite de impugnaciones en sede administrativa.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La potestad de realizar el examen de admisión le corresponde al titular que emitió el acto impugnado.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La Ley establece los requisitos que se verificarán en el examen de admisibilidad.

**3. Falta de Transparencia:** La decisión de admitir o rechazar el recurso, debe motivarse y ser notificada.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** El rechazo o la admisión del recurso en inobservancia de los requisitos de admisión, constituye un acto ilegal sujeto a control jurisdiccional.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	-	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

11	CEAN	<p><b>Resolución definitiva</b></p> <p>El recurso será resuelto por el mismo funcionario dentro del plazo máximo de diez días hábiles posteriores a la admisión del recurso. Transcurridos los diez días hábiles después de la admisión del recurso y no se hubiere emitido resolución alguna, se entenderá que ha sido resuelto favorablemente. El funcionario resolverá con base a la recomendación que emita una comisión especial de alto nivel nombrada por él mismo, para tal efecto.</p> <p>La comisión de alto nivel deberá estar conformada por las personas idóneas para cada caso; no necesariamente deben pertenecer a la Institución y en ningún caso podrán ser las mismas que conformaron la Comisión de Evaluación de Ofertas.</p> <p>La integración de dicha Comisión Especial deberá ser diferente para cada recurso, según la naturaleza de las obras, bienes o servicios a contratar.</p> <p>Contra lo resuelto no habrá más recurso.</p>	<p>Art. 77 LACAP y Art. 73 RELACAP</p>
----	------	---	--

La adjudicación confiere al participante ganador, el derecho de celebrar un contrato con el Estado, de ejecutarlo y de percibir la utilidad proyectada dentro del equilibrio económico del contrato. Al existir derechos adquiridos, las

instituciones deben respetar principios vinculados a la garantía constitucional al debido proceso, tales como el principio de congruencia<sup>111</sup>, tantum devolutum quantum appellatum<sup>112</sup> y reformatio in pejus<sup>113</sup>.

La principal debilidad del recurso administrativo de revisión es que la misma autoridad que emitió el acto administrativo, debe ratificarlo o revocarlo. Aunque se trata de un cuerpo colegiado diferente el que emita la recomendación en esta instancia, en la mayoría de los casos son compañeros de trabajo de los integrantes de la primera Comisión de Evaluación. Como es preverse, las recomendaciones del Comité de Alto Nivel suelen coincidir con las recomendaciones del primer Comité Evaluador, por tal razón si un empresario busca justicia, el litigio debe llevarse a un órgano judicial colapsado, que lo dirimirá dentro de un término indefinido.

Otra debilidad del recurso administrativo, es que puede impugnarse la ilegalidad del acto de adjudicación más no las Bases de Licitación ilegales y discrecionales, que derivaron en una adjudicación discrecional e ilegal -y posiblemente corrupta-.

#### **Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** Salvo que el titular lidere una red de corrupción e integre una Comisión Especial de Alto nivel con la misión de ratificar lo actuado, la conformación plural de un ente colegiado, reduce el poder de monopolio y previene la corrupción. Entre más ajeno a los actos previos sea el Comité de revisión, mayor transparencia.

**2. Amplia Discrecionalidad:** Por regla general, un proceso en el que se busca favorecer a determinada empresa, se registrará por Bases de Licitación que otorgan amplia discrecionalidad a la Comisión de Evaluación. Como el parámetro de revisión lo constituyen los puntos controvertidos por el recurrente y las mismas Bases de Licitación, la Comisión de Alto Nivel tendrá la misma amplia discrecionalidad que tuvo la Comisión de Evaluación precedente.

**3. Falta de Transparencia:** El proceso de revisión es documentado en un informe de evaluación y en un acta de recomendación los cuales forman parte del expediente público de la contratación.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** La Ley -per se- no franquea mecanismos de control de la revisión realizada por el Comité de Alto Nivel, sin embargo las mismas -en principio- constituyen el fundamento del acto de ratificación o revocatoria que pronuncia la máxima autoridad de la institución, el cual sí es controlable a través de mecanismos de impugnación judicial.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
-	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>1</b>		

<sup>111</sup> La autoridad decisoria, no puede rebasar la extensión de lo pedido.

<sup>112</sup> La autoridad decisoria, no puede conocer fuera de los puntos recurridos.

<sup>113</sup> La resulta del recurso no puede desmejorar la situación jurídica del peticionario.

12	UACI	<p><b>Notificación y publicación de resultados definitivos</b></p> <p>Se notificará a todos los participantes y adicionalmente se publicarán los resultados en el sistema electrónico de compras públicas, y por lo menos en uno de los medios de prensa escrita de circulación nacional.</p>	Art. 57 y 74 LACAP
----	------	---	--------------------

La impugnación judicial, una vez admitida suele conllevar la suspensión del acto recurrido. En el caso de la adjudicación de un contrato con el Estado, la suspensión del acto conlleva a la suspensión de la firma del contrato y la suspensión de la firma, conlleva la suspensión de la construcción del hospital o de la carretera. La jurisprudencia de la materia ha establecido que una vez firmado el contrato, la instancia judicial no puede suspender los efectos de la adjudicación (firma-ejecución).

Habiéndose realizado el anterior contexto, es previsible que un funcionario urgido de obtener el soborno producto de una adjudicación corrupta, firme primero el contrato con la empresa corruptora y posteriormente notifique y publique los resultados definitivos del proceso de licitación. Es necesario aclarar que dicha práctica puede también estar motivada en el interés legítimo que pueda tener el funcionario en evitar que se paralice la ejecución de un proyecto estratégico.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La obligación de notificar el acto con el que adquiere firmeza el procedimiento, recae únicamente sobre el Jefe de la UACI.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La forma y el plazo de notificación está reglamentado sin márgenes de maniobra para el funcionario responsable, sin embargo puede maniobrase para que el contrato sea firmado antes de que el recurrente pueda impugnar el acto judicialmente.

**3. Falta de Transparencia:** La notificación y la publicación se realizan por escrito, dejándose constancia de la recepción de la misma. Dicho documentos forman parte del expediente público de la contratación.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** El acto de notificación es sujeto de control de legalidad. Una mala notificación a un participante “perdedor” puede invalidar la adjudicación y paralizar el contrato en caso que sea impugnada judicialmente.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad	<b>2</b>		

13	CONTRA TANTE-CONTRATISTA	<p><b>Formalización de contrato</b></p> <p>La formalización u otorgamiento del contrato, deberá efectuarse en un plazo máximo de 5 días hábiles posteriores a la fecha en que la adjudicación haya adquirido firmeza.</p>	Arts. 80 y 81 LACAP, Art. 23 RELACAP
----	--------------------------	---	--------------------------------------

		<p>Si el adjudicatario no concurriere a firmar el contrato, vencido el plazo correspondiente, se podrá dejar sin efecto la resolución de adjudicación y concederla al ofertante que en la evaluación ocupase el segundo lugar.</p> <p>Los contratos podrán formalizarse en escritura pública, en documento privado debidamente reconocido ante notario o documento privado, conforme su naturaleza y según convenga a los intereses de la Institución.</p>	
--	--	--	--

Una forma de propiciar “negociaciones” con los ganadores de una licitación es mediante la configuración del contenido final del contrato. Para evitar dicha situación muchos países y organismos internacionales con normativa de adquisiciones han optado por la estandarización obligatoria de contratos. En El Salvador, la obligación de la institución es incluir en las Bases de Licitación un modelo de contrato (que no es vinculante), por lo que los licitantes suelen sorprenderse al encontrar en el contrato, condiciones que debieron comunicárseles previamente en la fase de preparación de su propuesta. Esta práctica cuando es generalizada y sistemática en el gobierno, genera sobrepagos que no necesariamente están vinculados al posterior pago de sobornos.

La Ley contempla sanciones de pérdida de la adjudicación y pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta, para aquellos licitantes ganadores que no formalicen el contrato, dentro del término de 5 días hábiles contados a partir de la fecha en que el acto de adjudicación adquirió firmeza en sede administrativa. Invocando dicha consecuencia jurídica, las instituciones pueden presionar a las empresas para que suscriban contratos con términos y condiciones que no fueron de su conocimiento previo o bien, exigir pagos de sobornos para adecuar el contrato en “mejores términos”.

**Análisis de vulnerabilidad:**

- 1. Poder de Monopolio:** La definición del contenido final del contrato es atribución de la Unidad Jurídica de la institución contratante.
- 2. Amplia Discrecionalidad:** A pesar de que la Ley establece que las Bases de Licitación deben contener un modelo general del contrato dicho modelo no es vinculante y las instituciones tienen margen de maniobra para introducir requisitos, condiciones y cláusulas no contempladas en las etapas previas.
- 3. Falta de Transparencia:** El contenido final del contrato celebrado es público.
- 4. Falta de Rendición de Cuentas:** El licitante ganador puede tomar acciones legales para no firmar un contrato que contenga estipulaciones que no fueron de su conocimiento previo.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	-	-
Nivel de vulnerabilidad		<b>2</b>	

14	UACI	<p><b>Distribución copia de contratos a:</b></p> <p><b>1.</b> Contratista: Para que gestione la garantía de cumplimiento de contrato. <b>2.</b> Administrador de Contrato: Para que pueda emitir la orden de inicio. <b>3.</b> Supervisor: Para que conozca los términos y alcances del contrato cuya ejecución supervisará. <b>4.</b> Unidad Financiera Institucional: Para que emite el respectivo compromiso presupuestario para respaldar financieramente la ejecución física del contrato.</p>	
----	------	---	--

### 8.3.1. Consolidado de vulnerabilidades

Paso	Nivel de vulnerabilidad
1. Confidencialidad del proceso de evaluación	4
2. Evaluación de ofertas	1
3. Análisis de recomendación y resolución	2
4. Notificación de resultados	1
5. Acceso al expediente para los licitantes	4
6. Recurso de revisión	1
7. Notificación y publicación de resultados definitivos	2
8. Formalización del contrato	2

### 8.3.2. Expediente de las fases de preparación y selección

El Jefe de la UACI, tiene la responsabilidad legal<sup>114</sup> de llevar un expediente de todas sus actuaciones, dentro del proceso de contratación, desde el requerimiento de la unidad solicitante hasta la liquidación de la obra.

<sup>114</sup> Art. 10 Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

#### 8.4. Fase de ejecución

Toda comisión o soborno que los participantes pagan a los funcionarios corruptos, son trasladados al precio del contrato. En un entorno de competencia, las empresas no pueden incluir el costo de las comisiones en el precio, ya que eso les restaría competitividad y reduciría sus posibilidades de ganar la adjudicación del contrato. Para costear el pago del soborno, durante la ejecución de la obra, la empresa buscará desmejorar la cantidad y calidad de materiales o solicitará ordenes de cambio que permitan incrementar el valor del contrato.

Para garantizar la integridad en la ejecución de los trabajos, se requiere que la supervisión del contrato, sea realizada con profesionales ajenos a la institución y seleccionados a través de procesos transparentes y competidos.

También puede darse el caso de procesos de adjudicación y firma de contrato transparentes y libres de corrupción que se contaminan en la fase de ejecución debido a la amplia discrecionalidad y poder de monopolio de los Administradores del Contrato, especialmente cuando la supervisión del contrato es ejercida con personal interno de la institución contratante.

**Cuadro 11: Vulnerabilidades Fase de Ejecución.**

PASO	RESPONSABLE	DESCRIPCION DE LA ACCIÓN	BASE LEGAL
1	CONTRATISTA-ADC-UACI-UFI	<p><b>Trámite del anticipo</b></p> <p>Después de formalizada la relación contractual, el Contratista deberá presentar un plan de utilización de anticipo, el cual deberá detallar el uso del mismo, indicando las fechas y destino del monto a otorgarse. El anticipo no podrá exceder del 30% del valor total del contrato.</p> <p>A la solicitud deberá anexársele una garantía de buen uso de anticipo por un valor equivalente al 100% del monto solicitado,</p>	Art. 69 y 84 LACAP y 40 RELACAP

		<p>recibo e indicación del número de cuenta bancaria que será utilizada únicamente para los gastos financiados con el anticipo.</p> <p>El Administrador del Contrato revisará y aprobará el plan de utilización, remitiendo a la UACI la garantía de buen uso de anticipo para su validación. Una vez aprobado el plan y aceptada la garantía, se entrega a la UFI la documentación de respaldo respectiva para que transfiera el pago anticipado a la cuenta bancaria proporcionada por el contratista.</p>	
--	--	--	--

Como ya se ha adelantado, los costos financieros de la oferta y el equilibrio económico del contrato mismo -entre otros factores- están condicionados directamente por la puntualidad de los pagos por parte de la institución contratante. Los pagos básicamente son de tres tipos: **i)** El pago del anticipo. **ii)** El pago de estimaciones por partidas ejecutadas y **iii)** El pago de las retenciones luego de practicada la recepción definitiva de las obras.

En caso que exista un acuerdo previo entre la empresa ganadora y la institución contratante, los pagos serán realizados en tiempo, usualmente en plazos inferiores a los estipulados contractualmente. Las demás empresas estarán propensas a la usual imprevisibilidad en el actuar del Estado, el que podrá retrasar los pagos de manera intencionada (para obtener sobornos) o simplemente serán retrasados por la ineficiente burocracia y por el desorden fiscal que genera problemas de caja. El pago del anticipo requiere la presentación de un plan que justifique su destino, la presentación de una fianza y la apertura de una cuenta bancaria que será utilizada únicamente para erogaciones detalladas en el plan de uso del mismo.

Si aún no se ha realizado el pago del soborno, el anticipo representa una excelente oportunidad para realizarlo. Es por ello que cobra relevancia la exigencia de una cuenta bancaria exclusiva para el anticipo. Si bien la Ley no faculta expresamente al Administrador del Contrato para realizar auditorías a cuentas bancarias, las instituciones contratantes pueden solicitar a la Superintendencia del Sistema Financiero, el monitoreo de la cuenta bancaria y en caso de movimientos sospechosos, denunciar ante la Fiscalía General de la República, el posible cometimiento del delito de lavado de dinero.

Al firmar el contrato, la empresa constructora compromete un conjunto de recursos (maquinaria, empleados, etc.) los cuales no pueden ser utilizados para atender oportunidades de negocios que surjan durante su compromiso con la institución contratante. De lo anterior que la empresa tenga un claro y lógico interés en ejecutar las obras dentro del plazo contractual y que la institución contratante tenga el “poder” de retrasar la ejecución a través de distintos mecanismos legales e ilegales. Ante esta situación en la que existen posibilidades razonables de que coincidan el interés de avanzar rápido del constructor con el interés de obtener rentas de los funcionarios, la vulnerabilidad de corrupción aumenta y así deben aumentar los controles.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La autorización del plan de utilización del anticipo corresponde únicamente al Administrador del Contrato.

**2. Amplia Discrecionalidad:** No hay parámetros legales claros para delimitar cual es el contenido correcto de un plan de utilización de anticipo.

**3. Falta de Transparencia:** Existen mecanismos legales para restringir el acceso a la información generada durante la ejecución de los contratos.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Al no existir parámetros legales claros para la autorización de plan de utilización de anticipos, las contralorías tampoco tienen parámetros de fiscalización.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad		<b>4</b>	

2	CONTRATISTA- ADC	<p><b>Programa de ejecución</b></p> <p>El contratista quedará obligado a cumplir con la programación aprobada para la ejecución de la obra prevista, en las diferentes etapas del proyecto, las que una vez recibidas y aprobadas por el supervisor de la obra, procederá el respectivo pago.</p>	Art. 111 LACAP
---	---------------------	---	-------------------

Las obras públicas per se o como parte de políticas públicas integrales de desarrollo, siempre sirven para la satisfacción de necesidades colectivas, por lo que su pronta ejecución es de sumo interés para la población y en principio –si el sistema democrático funciona- también debería de serlo para los representantes. Desde el punto de vista del constructor, en el paso anterior se expuso su interés por ejecutar las obras en tiempo.

El programa de ejecución suele consensuarse de forma multilateral entre el constructor, el supervisor y los Administradores del Contrato de construcción y de supervisión. Dicho programa debe ajustarse a un plazo techo establecido en las Bases de Licitación.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La definición del programa de ejecución es un acto multilateral.

**2. Amplia Discrecionalidad:** En las Bases de Licitación y en la oferta del constructor se establecen las partidas que deben ejecutarse y el plazo máximo para hacerlo. Bajo esos parámetros los involucrados pueden definir el programa de ejecución.

**3. Falta de Transparencia:** Existen mecanismos legales para restringir el acceso a la información generada durante la ejecución de los contratos.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Al existir parámetros claros para la definición del programa de ejecución, las contralorías cuentan con parámetros de fiscalización.

Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
-	-	X	-
Nivel de vulnerabilidad		1	

3	ADC	<p><b>Orden de Inicio</b></p> <p>El Administrador de Contrato emite orden de inicio para el Constructor y para el Supervisor.</p>	<p>Art. 74 literal a) RELACAP</p>
---	-----	---	---------------------------------------

La secuencia lógica de *pago de anticipo-definición de programa de trabajo-orden de inicio*, no siempre es respetada. Es común que la administración pública no sea la mejor planificadora y al tener compromisos atrasados por cumplir, se tenga tanta prisa en la ejecución de las obras, que se emita orden de inicio antes de los otros pasos, en cuyo caso se le ocasiona al constructor, costos financieros no contemplados al momento de formular su oferta. Por ejemplo, si con el anticipo de 500 K que se le prometió iba a comprar hierro al contado, obteniendo un descuento del 10%, al comprarlo a crédito, perderá el descuento proyectado y su equilibrio económico se altera en 50K.

Por otro lado, si por alguna razón el Administrador del Contrato retrasa la emisión de la orden de inicio, la empresa queda paralizada en sus capacidades de realizar nuevos negocios. Si las maquinas son arrendadas, el personal subcontratado y las garantías deben prorrogarse, los costos del constructor también se irán hacia el alza, sin la posibilidad de realizar un ajuste de precios.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La definición de la fecha de la orden de inicio es potestad del Administrador del Contrato.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La Ley establece el plazo máximo que puede tardar la adjudicación y firma del contrato, pero no establece el plazo máximo que puede existir entre la celebración del contrato y la orden de inicio de los trabajos.

**3. Falta de Transparencia:** Existen mecanismos legales para restringir el acceso a la información generada durante la ejecución de los contratos.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Al no existir parámetros legales para emitir la orden de inicio dentro de un plazo máximo, las contralorías carecen de parámetros de fiscalización.



Factores de riesgo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	4		

4	CONTRATISTA-SUPERVISOR-ADMINISTRADOR	<p><b>Ejecución, recepción y pago de estimaciones</b></p> <p>Conforme al programa de ejecución, el Constructor entregará los trabajos al Supervisor y al Administrador del Contrato, quienes serán responsables de efectuar las pruebas y realizar las mediciones correspondientes. Si los trabajos se ajustan a lo pactado, se emitirá acta de recepción parcial, la que contendrá como mínimo lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Lugar, día y hora de la recepción;</li><li>b) Nombre del Contratista que hace la entrega;</li><li>c) Fecha y referencia del contrato;</li><li>d) Especificaciones o características técnicas de la obra, y certificaciones de las pruebas de eficiencia y/o calidad indicadas en los instrumentos de contratación, si las hubiere;</li><li>e) Nombre y firma de la persona o personas que entregan por parte del Contratista;</li><li>f) Nombre, cargo y firma de las personas que reciben la obra;</li><li>g) Consignación de la conformidad de la obra, con las condiciones y especificaciones técnicas, previamente definidas por la institución en el contrato;</li><li>h) La relación del resultado de cualquier prueba que se hubiere realizado para determinar que las obras recibidas en virtud del contrato, se ajustan a lo requerido;</li><li>i) Constancia de la mora en el cumplimiento de las obligaciones; y,</li><li>j) Cualquier otra información pertinente.</li></ul> <p>El Administrador del Contrato distribuirá copias de las actas de recepción debidamente suscritas al Contratista y a la UACI. Las actas originales se enviarán a la UFI para los trámites de pago.</p> <p>La institución Contratante deberá retener <b>al menos el cinco por ciento (5%)</b> del monto total del contrato, tanto al contratista como al supervisor, a fin de garantizar cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento total o parcial de las obligaciones</p>	Arts. 84 y 112 LACAP y Art. 77 RELACAP
---	--------------------------------------	---	--

		<p>contractuales. la forma de retención se establecerá en las Bases de Licitación.</p> <p>La devolución del monto retenido se hará dentro de los quince días hábiles posteriores a la recepción definitiva y a entera satisfacción de la obra. Estas retenciones no devengarán ningún interés.</p> <p>Si se ha otorgado anticipo, de cada estimación sometida a pago se retendrá un porcentaje equivalente al monto anticipado hasta que éste quede plenamente compensado.</p>	
--	--	--	--

La figura del supervisor de la obra adquiere especial relevancia, ya que por una parte, su experticia técnica coadyuva a que la administración del contrato valide la buena ejecución de los trabajos y por la otra, su carácter de “outsider” previene la corrupción. Si el Supervisor y el Administrador del Contrato pertenecen a la misma red de corrupción institucional, es muy probable que la calidad y cantidad de los trabajos no coincidan con lo contratado y dichos “ahorros” sean posteriormente repartidos en la red. A la postre, la falta de controles durante la ejecución del contrato puede ser más nocivo que el pago de sobrepagos destinados a sobornos, ya que los “errores constructivos” pueden cobrarse las vidas de los usuarios de las obras.

Si se contrata un supervisor externo, la ejecución del contrato de construcción es verificada por: *el Administrador del Contrato de construcción, el supervisor y el Administrador del Contrato de supervisión*. Cuando la construcción de la obra se supervisa con personal interno, los controles se reducen drásticamente y el riesgo de corrupción se multiplica exponencialmente. Las retenciones de los pagos, las garantías, la administración del contrato y una buena firma supervisora, constituyen un robusto sistema de salvaguarda de la integridad de los trabajos contratados. Si a lo anterior se le agrega una ciudadanía observadora y contralorías institucionales técnicamente preparadas e independientes, sería muy difícil que las instituciones paguen por obras que no se ajusten a lo estipulado contractualmente.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La validación de las obras ejecutadas para someterlas a pago, corresponden al Administrador del Contrato y al supervisor.

**2. Amplia Discrecionalidad:** La definición de la cantidad, calidad y tiempo de entrega de los trabajos, se encuentra definida en los documentos contractuales y en las respectivas normas técnicas de construcción.

**3. Falta de Transparencia:** Existen mecanismos legales para restringir el acceso a la información generada durante la ejecución de los contratos.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** El marco normativo establece distintas consecuencias jurídicas para los servidores públicos que den por recibidas obras que no se ajustan a lo pactado. En la mayoría de los casos de obras grandes, las contralorías institucionales, carecen de los recursos técnicos y económicos para determinar de manera forense, que la obra ejecutada se ajustó a lo contratado. ¿Cómo puede verificar la Corte de Cuentas de la República, que los 50 km de tubería para agua potable, fueron instalados conforme a los términos contractuales?



Factores de riesgo con supervisor externo			
PM	AD	FT	FR
-	-	X	-
Nivel de vulnerabilidad	1		

Factores de riesgo sin supervisor externo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	4		

5	ADC- CONTRATISTA- SUPERVISOR	<b>Manejo de la bitácora</b>  A Pesar de carecer de reconocimiento por la normativa de compras públicas, los procesos constructivos e incidentes de todo tipo suscitados en el lugar de las obras, suelen asentarse en un libro denominado en el medio de la construcción como “bitácora”, el cual constituye una indispensable herramienta de trabajo y es el principal insumo para dirimir eventuales conflictos surgidos durante la ejecución del contrato o durante el plazo de vigencia de la garantía de buena obra.	
---	------------------------------------	--	--

Al tratarse de una herramienta de uso consuetudinario y no legal, los administradores de contratos y los supervisores internos, suelen hacer uso arbitrario de la misma y cometer abusos que van desde faltar al lugar de trabajo sin dejar constancia de ello, solicitudes verbales de trabajos no contemplados en los documentos contractuales e incluso solicitar que el residente firme y asuma como propios errores de la administración.

La forma en la que presionan al constructor a aceptar hechos es falsos, es negándose a firmar la bitácora y retrasando la validación de las estimaciones que se someterán a pago, lo cual claramente afecta los intereses económicos de la empresa constructora. Considerando que un litigio suele ser más caro que “pequeñas concesiones” en el lugar de la obra, las empresas terminan accediendo a firmar y en ocasiones pagando sobornos para que la ejecución financiera del contrato sea igual de ágil y oportuna que la ejecución física.

**Análisis de vulnerabilidad:**

**1. Poder de Monopolio:** La definición de la lo que se hace constar en la bitácora de la obra, corresponde al Administrador del Contrato, al supervisor y al constructor.

**2. Amplia Discrecionalidad:** Al tratarse de un instrumento no regulado legalmente, su contenido es configurable a discreción de los intervinientes.

**3. Falta de Transparencia:** Existen mecanismos legales para restringir el acceso a la información generada durante la ejecución de los contratos.

**4. Falta de Rendición de Cuentas:** Al no existir parámetros legales para la configuración de la bitácora, las contralorías carecen de parámetros de fiscalización.

Factores de riesgo con supervisor externo			
PM	AD	FT	FR
-	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	<b>3</b>		

Factores de riesgo con supervisor interno			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	<b>4</b>		

5	ADC- CONTRATISTA- SUPERVISOR	<p><b>Recepción provisional</b></p> <p>Terminada la obra y comprobado el cumplimiento de las especificaciones contenidas en el contrato, la institución contratante procederá a la recepción provisional, en un plazo no mayor de diez días hábiles, mediante acta de recepción.</p> <p>Al acto concurrirán los supervisores y funcionarios designados de conformidad a las Bases de Licitación y cláusulas contractuales.</p> <p>A partir de la recepción provisional, la institución contratante dispondrá de un plazo máximo de sesenta (60) días para revisar la obra y hacer las observaciones correspondientes.</p> <p>En el caso de que se comprobare defectos o irregularidades, la institución requerirá al contratista para que las subsane en el plazo establecido en el contrato.</p> <p>Si el contratista no subsanare los defectos o irregularidades comprobados en el plazo estipulado en el contrato, éste se tendrá por incumplido; pudiendo la institución contratante corregir los defectos o irregularidades a través de un tercero o por cualquier otra forma, cargando el costo de ello al contratista, el cual será deducido de cualquier suma que se le adeude o haciendo efectivas</p>	Arts. 114 y 115 LACAP y Arts. 77 y 78 RELACAP
---	------------------------------------	---	--



		las garantías respectivas, sin perjuicio de la caducidad del contrato con responsabilidad para el contratista. Lo anterior no impedirá la imposición de las multas que correspondan.	
<p>Este paso está vinculado estrechamente con la fiel ejecución de todas las partidas de la obra. Si se asume normativamente que el programa de trabajo, ha sido ejecutado en tiempo y conforme a los documentos contractuales y la administración del contrato, junto a la supervisión ha sido realizada de manera correcta, el surgimiento de defectos o irregularidades después de la recepción provisional, debería ser mínimo. Si no se ha hecho antes, esta etapa es una excelente oportunidad para transparentar la ejecución del contrato y permitir que testigos ciudadanos (facultades de ingeniería, arquitectura, colegios de profesionales etc.) acudan a verificar los trabajos.</p>			
6	ADC- CONTRATISTA- SUPERVISOR	<b>Recepción definitiva</b>  Transcurrido el plazo máximo de sesenta días desde la recepción provisional sin que se hayan comprobado defectos o irregularidades en la obra, o subsanados que fueren éstos por el contratista, se procederá a la recepción definitiva por los funcionarios designados de acuerdo con las Bases de Licitación y cláusulas contractuales. Dicha recepción se hará mediante el acta correspondiente.  Cuando se dé por terminado un contrato por revocación o caducidad, el acta de liquidación del proyecto que sea suscrita por las partes o en forma unilateral por la institución contratante, equivaldrá a la recepción de la obra, para gestionar la conclusión de la misma.	Art. 116 LACAP y Art. 77 RELACAP
<p>Si han existido acuerdos corruptos y en base a ellos la administración del contrato y la supervisión han dado por recibidos trabajos de cantidades y calidades inferiores a las contratadas y quienes debieron señalar las deficiencias antes, son los encargados de señalar las deficiencias ahora, es poco probable que esta etapa sirva de algo. Las vulnerabilidades de corrupción en este paso, son las mismas que en el anterior.</p>			
7	ADC-UACI- UAFI	<b>Liquidación</b>  Practicada la recepción definitiva de la obra, la institución contratante devolverá al contratista la garantía de cumplimiento de contrato, previa presentación de la garantía de buena obra. Cumplido el plazo de la garantía de buena obra, sin que se haya comprobado defectos o irregularidades en la misma o subsanados	Art. 117 LACAP

	éstos por el contratista, se le notificará la liquidación correspondiente y se le devolverá la garantía de buena obra.	
--	--	--

La garantía de buena obra, sirve para garantizar la responsabilidad post contractual del constructor. Si por alguna razón los defectos constructivos no eran detectables o simplemente no fueron detectados antes de la recepción definitiva de la obra, durante la vigencia de la garantía de buena obra<sup>115</sup>, la institución contratante puede exigir al constructor, la subsanación de los defectos so pena de la ejecución de la misma. Si el control ex post, corresponde a las mismas personas que por acuerdos corruptos, no ejercieron los controles ex ante, será difícil que este paso sea de utilidad. Tendría que ser una falla muy evidente como para ocultarla.

**Análisis de vulnerabilidad:**

- 1. Poder de Monopolio:** El Administrador del Contrato es el encargado de practicar la liquidación del contrato.
- 2. Amplia Discrecionalidad:** Básicamente el Administrador del Contrato tiene potestad para exigirle al constructor la subsanación de cualquier defecto.
- 3. Falta de Transparencia:** Existen mecanismos legales para restringir el acceso a la información generada durante la ejecución de los contratos.
- 4. Falta de Rendición de Cuentas:** Al no existir parámetros legales para determinar que puede exigírsele al constructor durante el plazo de vigencia de la garantía de buena obra, las contralorías carecen de parámetros de fiscalización.

Factores de riesgo con supervisor externo			
PM	AD	FT	FR
X	X	X	X
Nivel de vulnerabilidad	<b>4</b>		

**8.4.1. Consolidado de vulnerabilidades fase de ejecución**

Paso	Nivel de vulnerabilidad
1. Anticipo	<b>4</b>
2. Programa de ejecución	<b>1</b>
3. Orden de inicio	<b>4</b>

<sup>115</sup> La vigencia de la garantía de buena obra, no puede ser inferior a un año. Art. 37 Bis. LACAP.

4. Ejecución, recepción y pago de estimaciones	1 Supervisión externa
	4 Supervisión interna
5. Bitácora	3 Supervisión externa
	4 Supervisión interna
6. Recepción provisional y definitiva	3 Supervisión externa
	4 Supervisión interna
7. Liquidación	4

#### 8.4.2. Expediente de la fase de ejecución

El Administrador del Contrato tendrá la responsabilidad legal<sup>116</sup> de conformar y mantener actualizado el expediente del seguimiento de la ejecución del contrato de tal manera que esté conformado por el conjunto de documentos necesarios que sustenten las acciones realizadas desde que se emite la orden de inicio hasta la recepción final de la obra.

<sup>116</sup> Art. 82 Bis. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

## 8.5. Incidentes

Cuadro 12: Incidentes que pueden darse en la Fase de Ejecución.

INCIDENTE	DESCRIPCION DE LA ACCIÓN	BASE LEGAL
<b>1. Retrasos en la ejecución de la obra.</b>	Cuando el Contratista no cumple la programación de ejecución autorizada por el ADC, es necesario abrir un incidente que podrá desarrollarse	Art. 69 LACAP y 40 RELACAP
<b>1.1. Retrasos imputables al Contratista</b>	<p>Cuando el contratista incurra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por causas imputables al mismo, podrá declararse la caducidad del contrato o imponer el pago de una multa por cada día de retraso de conformidad a una tabla establecida por la LACAP.</p> <p>La multa establecida en los incisos anteriores, será fijada proporcionalmente de acuerdo al valor total del avance correspondiente dentro de la respectiva programación de la ejecución de las obligaciones contractuales, siempre que éstas puedan programarse en diversas etapas.</p> <p>Suele pactarse en los contratos, que al Supervisor se le compensará el trabajo adicional, descontando sus honorarios de las retenciones realizadas al Constructor.</p> <p>Tanto si se opta por imponer multas como por declarar la caducidad del contrato, es necesario seguir un procedimiento administrativo sancionador en el que se respeten todas las garantías constitucionales del Contratista.</p>	Arts. 85, 159 y 160 LACAP
<b>1.2. Retrasos no imputables al Contratista.</b>	Si el retraso del contratista se debiera a causa no imputable al mismo debidamente comprobada, tendrá derecho a solicitar y a que se le conceda una prórroga equivalente al tiempo perdido, y el mero retraso no dará derecho al contratista a reclamar una compensación económica adicional.	Arts. 86 y 92 inciso 2° LACAP y Arts. 76 y 83 RELACAP
1.2.1. Caso fortuito y fuerza mayor	Cuando el contratista solicite prórroga por incumplimiento en el plazo por razones de caso fortuito o fuerza mayor, equivalente al tiempo perdido, deberá exponer por escrito a la institución contratante las razones que le impiden el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en el plazo original y presentará las pruebas que correspondan.	
1.2.2. Retrasos imputables al Supervisor	El titular, mediante resolución razonada, acordará o denegará la prórroga solicitada.	
1.2.3. Retrasos imputables a la institución Contratante		
	El titular de la institución, previa opinión del administrador del contrato remitida a la UACI, podrá acordar mediante resolución razonada,	Art. 108 LACAP



<p><b>2. Suspensión</b></p> <p>2.1. A petición.</p> <p>2.2. Oficiosa</p>	<p>comunicada por escrito al contratista, la suspensión de la obra o parte de ésta, hasta un plazo de quince días hábiles sin responsabilidad para la institución contratante. Si el plazo se extendiere a más de quince días hábiles, deberá reconocerse al contratista y al supervisor los gastos en que incurriere por los días posteriores de suspensión.</p> <p>En caso de calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito, el titular de la institución podrá ampliar el plazo por un tiempo racional, sin costo adicional para la institución contratante.</p> <p>En caso de suspensión de la obra, sea de oficio o a solicitud del contratista, éste deberá realizar las actuaciones necesarias para evitar el deterioro de la obra ejecutada y para que la paralización no produzca daños en perjuicio de la institución contratante o de terceras personas. Dicha suspensión deberá ser incorporada en el registro.</p>	
<p><b>3. Ajuste de precios</b></p>	<p><b>Ajuste de precios</b></p> <p>En los contratos en que el plazo de ejecución exceda de doce meses calendario, procederá el ajuste de los precios pactados, siempre y cuando, se compruebe en los mercados, modificaciones de precios que afecten los costos y solo por la parte no ejecutada de la obra no recibida. Estos ajustes deberán hacerse del conocimiento público.</p> <p>El ajuste se realizará aplicando, entre otros métodos, la fórmula polinómica específica para el contrato de que se trate, cuya estructuración le corresponderá a la institución contratante, tomando en consideración en la estructuración, el desglose de precios unitarios. Para tales efectos, la UNAC emitirá un instructivo para la estructuración de las fórmulas polinómicas, señalando las variables a considerar, atendiendo a la naturaleza del contrato, las cuales serán tomadas como base y particularizadas por las instituciones en los instrumentos de contratación y en los contratos.</p>	<p>Art. 88 LACAP y Art. 79 RELACAP</p>
<p><b>4. Ordenes de cambio</b></p>	<p>La institución contratante podrá modificar el contrato antes del vencimiento de su plazo, siempre que concurran circunstancias imprevistas y comprobadas. para el caso de los contratos de ejecución de obra, podrá modificarse mediante órdenes de cambio, que deberán ser del conocimiento del consejo de ministros o del concejo municipal, a más tardar tres días hábiles posteriores al haberse acordado la modificación; la notificación al consejo de ministros no será aplicable a los órganos legislativo y judicial.</p>	<p>Arts. 83-A, 83-B, 105 inciso 3° LACAP</p>



	<p>Se entenderá por circunstancias imprevistas, aquel hecho o acto que no puede ser evitado, previsto o que corresponda a caso fortuito o fuerza mayor.</p> <p>La comprobación de dichas circunstancias, será responsabilidad del titular de la institución.</p> <p>Cualquier modificación en exceso del veinte por ciento del monto original del contrato, de una sola vez o por varias modificaciones, se considerará como una nueva contratación, por lo que deberá someterse a un nuevo proceso, siguiendo todo el procedimiento establecido en esta Ley, so pena de nulidad de la modificación correspondiente.</p> <p>En los contratos de obras públicas, para atender las necesidades en estados de emergencia no se establecerá límite alguno en cuanto al porcentaje de modificación del contrato, es decir que podrán modificarse en un porcentaje mayor al que se establece en los incisos precedentes, todo en atención a las modificaciones que se requieran para atender las necesidades generadas por el estado de emergencia o las que a razón de ellas se continúen generando.</p> <p>La excepción anterior al límite del porcentaje de modificación también se aplicará para los contratos de ejecución de obra cuando la falta de la obra o la no ejecución en el tiempo oportuno genere una afectación al interés público, o resulte más oneroso para la institución realizar una nueva contratación. El titular podrá autorizar dicha modificación, justificándola financieramente y emitiendo la correspondiente resolución razonada, la cual deberá ser publicada en el sistema electrónico de compras públicas.</p> <p>Se prohíbe favorecer situaciones que correspondan a falta o inadecuada planificación de las adquisiciones, o convalidar la falta de diligencia del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. La Orden de Cambio emitida en trasgresión a la anterior prohibición será nula.</p>	
<p><b>5. Extinción del contrato</b></p> <p><b>5.1. Oficiosa</b></p> <p><b>5.2. A petición del Contratista</b></p>	<p>Cuando existan indicios de la concurrencia de alguna de las causales de extinción de los contratos, enunciadas en las letras a), c), d) y e) del Art. 93 de la Ley, el administrador del contrato remitirá a la UACI informe sobre los hechos, a fin que gestione ante el titular la resolución que conforme a derecho corresponda.</p> <p>El titular comisionará a la Unidad Jurídica o a quien haga sus veces, para que inicie el procedimiento de extinción del contrato.</p> <p>En el auto de inicio del expediente sancionatorio, se indicará de manera precisa la causal que lo respalda y en su caso, los incumplimientos que se imputan al contratista, citando las disposiciones legales pertinentes. Asimismo, en dicho auto se otorgará audiencia al interesado para que</p>	



	<p>comparezca a manifestar su defensa en el término de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva.</p> <p>Transcurrido el plazo mencionado, haya comparecido o no el interesado, se abrirá a prueba el procedimiento, por un plazo que no excederá de tres días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación al interesado, a fin de recibir y practicar aquéllas que sean conducentes y pertinentes.</p> <p>Los hechos podrán establecerse por cualquier medio de prueba señalado en el derecho común, en lo que fuere aplicable, salvo la confesión, la cual no podrá requerirse a los funcionarios de la Administración Pública.</p> <p>Deberá comunicarse al contratista y demás partes involucradas, al menos con dos días de antelación, la fecha en que se practicará la prueba, a fin que puedan asistir a las diligencias respectivas.</p> <p>De ser procedente, el titular, mediante resolución razonada, declarará extinguido el contrato por la causal pertinente y procederá conforme lo establece la Ley.</p>	<p>Arts. 93-100 LACAP y Arts. 81 y 82 RELACAP</p>
<b>6. Solución de diferencias</b>	<p>Para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos, se sujetará a sede judicial, salvo pacto expreso de sometimiento a métodos alternativos de resolución de conflictos, en cuyo caso se observará la Ley de la materia, con las excepciones establecidas en la LACAP.</p>	<p>Arts. 161-169 LACAP</p>

## Capítulo IX

### Conclusiones y recomendaciones

Como se adelantó en la introducción del presente documento, la investigación es un trabajo inacabado, una simple aproximación a un camino para combatir en una actividad específica de la gestión pública, el flagelo de la corrupción. Sin embargo la metodología de detección de vulnerabilidades, puede ser utilizada para profundizar aún más dentro la contratación de obra pública o extenderse a otras ramificaciones de las compras públicas. Una vez detectados los puntos más vulnerables dentro de los procedimientos, las contralorías pueden priorizar sus recursos en ellos y los entes con potestad normativa, pueden promover reformas de verdadero impacto que reduzcan las oportunidades de corrupción.

A continuación se detallan los pasos más vulnerables (nivel 4) en cada una de las etapas del procedimiento de Licitación Pública para la construcción de obras y las respectivas recomendaciones para reducir dichas vulnerabilidades.

<b>FASE DE PLANIFICACIÓN</b>	
<b>Paso vulnerable</b>	<b>Recomendaciones</b>
<b>Determinación de las necesidades de obras</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Implementar mecanismos que permitan legitimar democráticamente, la selección de las obras en las que se invertirán recursos públicos o reglamentar los parámetros que sirvan para priorizar una necesidad por sobre otras.</li> <li>- Mientras no existan mecanismos institucionales que reglamenten la conformación de agendas institucionales, las contralorías sociales deben cuestionar e investigar a los funcionarios y políticos.</li> </ul>

<b>Investigación de mercado</b>	<p>- Considerando que en este paso debe determinarse la viabilidad técnica, económica, legal y financiera del proyecto y que la investigación conlleva una interacción discrecional con los oferentes (potenciales oferentes y adjudicatarios), mientras se introduce una reforma legal, las instituciones pueden integrar equipos multidisciplinarios (abogados, economistas, ingenieros etc.) que desde sus competencias profesionales, nutran el dictamen de viabilidad y prevengan la connivencia entre la Unidad Solicitante y determinada empresa constructora.</p>
---------------------------------	---

## FASE DE PREPARACIÓN

<b>Paso vulnerable</b>	<b>Recomendaciones</b>
<b>Adecuación de Bases de Licitación</b>	<p>- Institucionalizar la conformación de los equipos multidisciplinarios de adecuación de Bases de Licitación a los que se refiere el Art. 20 del Reglamento de la LACAP. De preferencia los integrantes no deben repetirse, para no crear las condiciones de poder de monopolio.</p> <p>- Reducir márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad, mediante la estandarización obligatoria de formatos de Bases de Licitación por parte de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -UNAC-.</p>
<b>Aprobación de Bases de Licitación</b>	<p>Es necesario impulsar reformas al marco normativo en el siguiente sentido:</p> <p>- Con respecto al proyecto de Bases de Licitación propuesto por el Comité de Adecuación, el titular de la institución debe: 1. Aprobarlo tal como ha sido propuesto. 2. Aprobarlo con reformas ó 3. Rechazarlo. En las últimas dos situaciones, debe dejar constancia escrita de sus motivos. De esta manera el trabajo técnico del Comité será vinculante para el titular.</p>

	<p>- El titular debe realizar de manera sistemática análisis de los proyectos de Bases de Licitación desde la óptica de la libre competencia, la transparencia, y la no regulación de aspectos que por reserva de ley, no pueden ser regulados por dicha fuente normativa. Los documentos que no se apeguen al formato estandarizado por el ente rector (UNAC) so pena de nulidad, no deben ser aprobados.</p> <p>- Incluir una etapa previa a la publicación de la convocatoria de licitación en la que los interesados (empresas y sociedad civil) puedan participar en audiencias públicas en las que se discuta el contenido de las Bases de Licitación y se permita a los asistentes, presentar observaciones escritas al contenido de los mismos. La no consideración de las observaciones deberá ser razonada por la autoridad que promueve la licitación.</p>
<p><b>Nombramiento de la Comisión de Evaluación de Ofertas</b></p>	<p>- Las instituciones deberían adoptar como política de control interno, que las personas que forman parte del Comité de Adecuación -a excepción del Jefe de la UACI- no formen parte de las Comisiones de Evaluación de Ofertas. Lo óptimo sería el establecimiento de prohibiciones legales.</p> <p>- Las instituciones debería de adoptar como práctica de transparencia, la integración de Comisiones de Evaluación de Ofertas, con personal idóneo de otras instituciones del Estado, seleccionarlas aleatoriamente de una suerte de “pool” de profesionales que puede ser manejado por el ente rector de las compras públicas.</p>
<p><b>Confidencialidad de las Bases de Licitación</b></p>	<p>- La adecuación de las Bases de Licitación debería realizarse únicamente a través del sistema COMPRASAL 2. Dicha plataforma debe resguardar la confidencialidad de las Bases.</p>
<p><b>Convocatoria pública en procesos con poca oferta nacional</b></p>	<p>Es necesario impulsar reformas al marco normativo en el siguiente sentido:</p> <p>- Aquellas licitaciones en las que durante la fase de estudio de mercado, no se constató la existencia de al menos 3 potenciales competidores, las convocatorias deben publicarse en periódicos de circulación nacional, en</p>

	<p>el portal de compras públicas y en portales de alcance y afluencia global, tales como Development Business de la Organización Mundial de las Naciones Unidas. <a href="https://www.devbusiness.com/">https://www.devbusiness.com/</a></p>
<p><b>Examen y adquisición de Bases de Licitación</b></p>	<p>Es necesario impulsar reformas al marco normativo en el siguiente sentido:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, debe establecer un plazo mínimo para la adquisición de Bases de Licitación en los procesos de contratación de obra pública (derecho a participar). Dicho plazo debe ser congruente con el principio de libre competencia.</li> </ul> <p>No es razonable ni transparente que en proyectos millonarios cuyas fases de preparación han tardado meses, se establezca solo un día para la adquisición de Bases.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Debe establecerse un mecanismo para la impugnación de Bases de Licitación, ya que si estas son ilegales y/o inconstitucionales, la adjudicación del contrato también lo será. Sobre este punto se retoma el pensamiento jurídico de Agustín Gordillo <i>“Hay un argumento de razonabilidad o justicia natural, más uno de congruencia, que deben plantearse en relación a la publicidad de los pliegos y los derechos de los particulares a impugnarlos. Pues ha de ser obvio que bien poco vale conocer los pliegos y advertir sus dislates o negociados, o la dilapidación de fondos públicos, o que no se ha hecho audiencia pública, o que el pliego está dirigido a favor o en contra de personas o empresas determinadas, si no se puede hacer nada sino acudir a los medios de prensa”</i><sup>117</sup></li> </ul>
<p><b>Presentación y apertura pública de ofertas</b></p>	<p>Para prevenir la manipulación de las ofertas presentadas en sobres cerrados, es necesario impulsar reformas al marco normativo en el siguiente sentido:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La presentación, resguardo y manejo de las ofertas, debe realizarse a través del sistema electrónico de compras públicas.</li> </ul>

<sup>117</sup> Tratado de Derecho Administrativo 10ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2014, Tomo II, p. 488.



## FASE DE SELECCIÓN

<b>Paso vulnerable</b>	<b>Recomendaciones</b>
<b>Confidencialidad del proceso de evaluación de ofertas</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Las instituciones deberían adoptar como política de control interno, que las personas que forman parte del Comité de Adecuación -a excepción del Jefe de la UACI- no formen parte de las Comisiones de Evaluación de Ofertas. Lo óptimo sería el establecimiento de prohibiciones legales.</li><li>- Alternar la conformación de las Comisiones de Evaluación y tomar medidas para evitar que los oferentes conozcan previamente la identidad de quienes evaluarán las propuestas.</li></ul>
<b>Acceso al expediente para los licitantes</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Impulsar reformas a la Ley de Acceso a la Información Pública para aclarar que todos los expedientes de contratación de obras, bienes y servicios, contienen información pública de tipo oficioso, es decir que su acceso debe ser irrestricto para cualquier peticionario, especialmente para los participantes de dicho proceso.</li><li>- Implementar licitaciones electrónicas en las que toda la documentación del proceso de contratación esté disponible para los participantes a través de accesos en línea.</li></ul>

## FASE DE EJECUCIÓN

<b>Paso vulnerable</b>	<b>Recomendaciones</b>
<b>Trámite y manejo del anticipo</b>	<p>Es necesario impulsar reformas al marco normativo en el siguiente sentido:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- La autorización del anticipo debe ser emitida en conjunto por el Administrador del Contrato y el Jefe de la Unidad Financiera Institucional.</li></ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El anticipo deberá ser autorizado o denegado en un plazo máximo de “X” días. Al finalizar el plazo, sin haber obtenido respuesta, se presumirá que el plan ha sido autorizado.</li> <li>- Establecer parámetros legales bajo los cuales podrá denegarse el otorgamiento de anticipo.</li> <li>- Cuando se firmen contratos de obra pública, la institución contratante deberá notificarlo a la Superintendencia del Sistema Financiero, para que esta supervise los movimientos sospechosos y alerte a la Fiscalía General de la República, ante la detección de movimientos sospechosos de lavado de dinero (pago de sobornos).</li> </ul>
<b>Orden de inicio</b>	<p>Es necesario impulsar reformas al marco normativo en el siguiente sentido:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Establecer un plazo máximo entre la firma del contrato y la emisión de la orden de inicio.</li> </ul>
<b>Ejecución, recepción y pago de estimaciones sin supervisor externo</b>	<p>Es necesario impulsar reformas al marco normativo en el siguiente sentido:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Establecer la obligatoriedad de contratar supervisores externos ajenos a la institución contratante, a través de procedimientos públicos y competitivos.</li> </ul>
<b>Manejo de la bitácora sin supervisor externo</b>	
<b>Liquidación del proyecto sin supervisor externo.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Establecer sanciones para los contratos de construcción que carecen de supervisor externo (nulidad) y sanciones para los titulares (cesación del cargo, obligación de indemnizar al constructor por los daños y perjuicios etc.).</li> <li>- Institucionalizar la figura del testigo ciudadano y permitir el monitoreo documental e in situ de la ejecución física y financiera de los contratos de obra pública.</li> </ul>



- Reconocer legalmente a la bitácora, dotándole de valor probatorio. -  
Implementar en el Sistema Electrónico de Compras Públicas una herramienta de bitácora electrónica, cuyo uso sea obligatorio para las partes intervinientes (constructor, supervisor, administrador, testigo ciudadano etc.) y esté vinculado con las actas de recepción emitidas y las erogaciones realizadas.

La bitácora electrónica debe ser alimentada en tiempo real y su acceso debe ser libre para cualquier interesado.

### **Bibliografía**

MÓNICA ACOSTA, L EN CP, MARÍA DEL ROCÍO SÁENZ, MC, BLANCA GUTIÉRREZ, M EN A., Revista Salud Publica México 2011;53 supl 2:S188-S196. Artículo de Revisión, Sistema de Salud de El Salvador.

KRAFT Y FURLONG, 2006, public policy, P-15.

JAVIER DÁVILA, 2014, Buenos Aires, Curso “Contrato de obra pública”.

SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA (SIECA), revista, 2015, Guatemala, P-51.

FRIEDRICH ENGELS, Siglo XIII, Anti-Dühring, Dialéctica, Negación de la negación, Alemania.

SUSAN ROSE ACKERMAN, Corrupción y Economía Global, Universidad de Yale, Estados Unidos.

SUSAN ROSE ACKERMAN, 1999, Corruption and Government, Estados Unidos.

CAMPOS Y PRAHDAM, 2009, “Las múltiples caras de la corrupción, aspectos vulnerables por sectores”, Banco Mundial.

JAMES SCOTT, 1992, Comparative Political Corruption, Estados Unidos.

BANCO MUNDIAL, 2004, Departamento de Evaluación de Operaciones del Banco Mundial, Seguimiento y Evaluación: instrumentos, métodos y enfoques.

VOLOSIN NATALIA, 2012, Estudio “Transparencia y anticorrupción en las compras públicas en América Latina y el Caribe”, Buenos Aires, Argentina.

ARISTÓTELES, Siglo IV, La Política, Grecia.

THOMAS HOBBS, Siglo XVII, Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil, Inglaterra.

NICOLÁS MAQUIAVELO, 1513, El Príncipe, Italia.

VILLA VERDE, M. 1987, Rousseau y el pensamiento de las luces, Madrid: Tecnos.

CARLOS NINO, 1993, The Constitution of Deliberative Democracy, Universidad de Yale, Estados Unidos.

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO, 2015, Revista Jurídica, Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT.

DANIEL KAUFMANN & FRANNIE LEAUTIER & MASSIMO MASTRUZZI, 2004, Governance and the City, Estados Unidos.

JAMES BUCHANAN, Ensayo “Teoría Económica de la Elección Pública”, Virginia Polytechnic Institute, Estados Unidos.

DUNCAN BLACK, 1958, The Theory of Committees and Elections. Cambridge: Cambridge University Press, Inglaterra.

GUILLERMO O’DONELL, 2007, Dissonances: Democratic critiques of democracy, University of Notre Dame Press.

ASHBY, H.R., 1958, “General Systems Theory as a New Discipline”, in General Systems (Yearbook of the Society for the Advancement of General Systems Theory), vol.3, pp.1-6.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, 2013, “Barómetro Global de la Corrupción”.

AGUSTIN GORDILLO, 1964, Obra Pública y Contrato de Obra Pública, Argentina.

AGUSTIN GORDILLO, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, 11<sup>a</sup> ed., ahora como 1<sup>a</sup> ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2016.

AGUSTIN GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo 10<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, Argentina, 2014, Tomo II, p. 488.

HANS KELSEN, 1982, Teoría pura del Derecho, Ed. EUDEBA, Argentina.

JUAN ALFONSO PASTOR, 2009, Fundamentos de Derecho Administrativo (Tomo I), Madrid.

DELGADILLO GUTIERREZ, 1998, “Elementos de Derecho Administrativo”, Limusa Noriega Editores, México.

JUAN CARLOS CASSAGNE, Derecho Administrativo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

MANUEL TAMAYO SAEZ, 1997, Universidad Complutense de Madrid. Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE, VIVIENDA Y DESARROLLO  
URBANO, 2015, “Compendio de categorías y definiciones aplicables a la obra pública”, El  
Salvador.