

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE GOBIERNO

Maestría en Ciencia Política con mención en Gerencia Pública



Estructura de las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones entre los años 2005 y 2010.

Sandro Hernández Díez

Lima, octubre de 2012

I. ÍNDICE

Capítulo 1: La corrupción en la contratación de las obras públicas

- 1.1. El fenómeno de la corrupción en los procesos de selección de obras. Estado de la cuestión.
- 1.2. Marco teórico. Sistemas formales e informales de organización de las entidades que convocan procesos de selección de obras públicas y formas de organización de prácticas no legales.

Capítulo 2: Los procedimientos de selección de obras públicas

La normativa que regula los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones.

Capítulo 3: Redes de corrupción en el sector Transportes y Comunicaciones

- 3.1. Los actores formales que participan en los procesos de selección de obras.
- 3.2. Actores informales y redes que se constituyen en los procesos de selección de obras.
- 3.3. Relaciones existentes entre los diversos actores que participan en las redes de corrupción.
- 3.4. Tipos de redes de corrupción.

Capítulo 4: Tipología de la corrupción en los procesos de selección de obras en Provías e injerencia de los actores

Formas ilegales tipificadas y no tipificadas en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones.

II. INTRODUCCIÓN

Durante la década de los noventa en el Perú no se contaba con un sistema de contrataciones del Estado, solo había una serie de disposiciones aisladas que regulaban la contratación pública. La disparidad de las normas (muchas de ellas emitidas atendiendo a situaciones específicas) no permitía que existiera un procedimiento claro para la ejecución y control adecuado del gasto público en lo que a bienes, servicios y obras públicas se refiere, lo cual facilitó los actos de corrupción en el sector público. En el año 1998 entró en vigencia la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con lo que se dio inicio al proceso de unificación de la normativa y de los regímenes coexistentes hasta entonces, creándose el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE (hoy OSCE).

La contratación pública supone un conjunto de reglas y procedimientos que buscan, entre otros objetivos, la transparencia y competitividad, constituyéndose en el mecanismo por el cual el Estado se relaciona con terceros a efectos de obtener servicios, bienes u obras para el cumplimiento de sus objetivos, metas o funciones. Esta relación se perfecciona mediante un contrato, denominado contrato de la administración. Sin embargo, muchas veces se ha logrado la suscripción de dichos contratos vulnerando las reglas y procedimientos que prevé el sistema de contrataciones, generando perjuicios importantes en la gestión de las entidades tanto en el ámbito económico como en el administrativo y social.

En este sentido, teniendo como antecedente los problemas que genera la corrupción en la administración pública, la presente tesis busca describir la manera en que se estructuran las redes de corrupción en cada una de las tres fases de la contratación pública, para lo cual se ha escogido como unidad de observación los procesos de selección para la ejecución de obras públicas que efectúa Provías Nacional, Unidad Ejecutora del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sector que tiene un presupuesto que supera los S/.7,000'000,000.00 anuales, de los cuales alrededor del 85% está destinado a obras de infraestructura.

La descripción de la estructura de las redes de corrupción en Provías requiere analizar algunos actos de corrupción que se suscitan en ciertos procesos de contratación de obras y la participación de los diversos actores considerando que, en muchos casos, se ponen de acuerdo a fin de lograr un resultado determinado en perjuicio del Estado. Sin embargo, por lo general estos actos de corrupción quedan impunes debido a que no se logra determinar la responsabilidad de los diversos actores que intervienen, o porque simplemente su accionar no se encuentra tipificado como delito en nuestra normativa, o pasan desapercibidos por las instituciones que deben velar por la transparencia en las contrataciones públicas.

El presente trabajo resulta importante dado que las estructuras de las redes de corrupción en los procesos de contratación de obras públicas en un sector como el de Transportes y Comunicaciones (que se encarga de la mayor parte de la infraestructura vial del país) es un área poco estudiada por las ciencias sociales y políticas en el Perú. Asimismo, la descripción de los actos de corrupción a través de las distintas etapas de los procesos de selección de obras públicas permitirá apreciar las relaciones que se dan entre los funcionarios encargados de llevar a cabo los procesos de selección de obras y los proveedores, así como con los otros actores (informales) que muchas veces no se toman en cuenta y que tienen una participación trascendente en dichos actos, y que no han sido examinados anteriormente en ese contexto.

De esta manera, frente a la problemática descrita se plantea como objetivo principal describir la estructura de las redes de corrupción de los procesos de selección de obras públicas, para lo cual se requerirá de una descripción clara del funcionamiento formal de los procesos de selección de obras públicas regulados en la Ley de Contrataciones del Estado, para que a partir de ello podamos identificar a los actores que participan en cada una de las etapas y que, eventualmente, conforman las redes de corrupción, así como la vinculación que se da entre ellos para, finalmente, poder describir cómo se configuran los tipos de actos de corrupción que se ponen en práctica en los procesos de selección de obras públicas en Provías Nacional.

Para lograr los objetivos planteados, en el primer capítulo se efectúa una reseña de los principales trabajos realizados sobre el fenómeno de la corrupción, los que la abordan desde diversas perspectivas y enfoques, sea a partir de la economía, o las ciencias sociales. Precisamente este último enfoque estudia la corrupción como fenómeno social, siendo esencial para efectos de este trabajo. Asimismo, en el primer capítulo se describe el marco teórico sobre el cual se desarrollará el presente trabajo, el cual recoge los diversos conceptos que se han esbozado sobre la corrupción y sobre la formación de redes de actores que participan en ésta. También se plantea la posición del análisis y comprensión de los sistemas formales e informales que se dan en las tres etapas de la contratación pública, a partir de lo cual se procederá a la descripción de las redes de corrupción.

El segundo capítulo tratará sobre los procesos de selección para la contratación de obras públicas, describiéndose a detalle las actividades que se realizan en cada una de las tres fases de la contratación pública bajo el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, como son los actos preparatorios, el proceso de selección y la ejecución contractual; sin embargo, este capítulo se centra en el procedimiento de licitación pública para la contratación de obras,. A partir de este capítulo se puede advertir que el problema de la corrupción no radica en el tema normativo sino, más bien, en los actores que intervienen en ella.

El tercer capítulo es el más importante de este trabajo. En él se describe la participación de los actores que participan en la contratación pública y cómo estos se relacionan entre sí para concretar los actos de corrupción en perjuicio del Estado. Se evidencia la participación de actores formales e informales (cuya injerencia no está prevista en la normativa), de manera directa o indirecta, a partir de la revisión de los casos y entrevistas efectuadas a funcionarios y ex funcionarios de Provías, quienes ponen en evidencia la existencia de acuerdos y pactos orientados a condicionar la selección de contratistas hacia un grupo de poder importante con acceso a los más altos niveles políticos. El capítulo concluye con la descripción de los tipos de redes

de corrupción que se generan en Provías a partir de las diversas vinculaciones que se dan.

El cuarto capítulo, por su parte, describe los tipos de actos de corrupción que se practican en los procesos de selección de obras públicas en Provías Nacional y los actores formales o informales que conforman las redes de corrupción. Se presenta una trabajada identificación y tipificación de los actos ilícitos, considerando que la corrupción, por lo general, se vale de actos formales para su ejecución, que pasan muchas veces desapercibidos.

Este trabajo no tratará sobre los problemas de la normativa en materia de contratación pública, ni pretende plantear una propuesta normativa o de otro tipo que solucione la corrupción. Tampoco se busca establecer criterios ni soluciones al problema de la corrupción en Provías, ni establecer esquemas que permitan un mayor y mejor control sobre los diversos actores. Mucho menos se pretende plantear nuevos tipos legales que sancionen el accionar ilícito de los que participan en las redes de corrupción generadas alrededor de las contrataciones de obras públicas.

Para efectos del presente trabajo se ha entrevistado a especialistas en la materia, ex funcionarios y funcionarios de Provías, así como se estudiaron casos, para los que se elaboró ficheros sobre archivos de denuncias. Esta metodología nos permitirá recurrir a la fuente directa involucrada o a la que pudo advertir el accionar de las redes de corrupción que se generan en la contratación de obras públicas en Provías.

Finalmente, el presente trabajo nos permitirá apreciar que el problema de la corrupción en Provías no tiene origen en la norma, ya que esta regula los procedimientos pero no a los actores, por lo que ningún cambio normativo dará una solución asertiva al problema. Por el contrario, se debe analizar la racionalidad de los actores y los incentivos a los que están expuestos. La estructura de las redes, en tanto sistema articulado, facilita la existencia de la corrupción.

III. Capítulo 1: La corrupción en la contratación de las obras públicas

1.1. El fenómeno de la corrupción en los procesos de selección de obras

La contratación pública en el Perú hasta el año 1998 se regía por una serie de normas dispersas y reglamentos específicos que no permitían una adecuada gestión de las compras estatales. En el caso concreto de las obras públicas, sus procesos de selección estaban contenidos en el RULCOP (Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas). Sin embargo, a partir del año 1998, con la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N° 26850), se estandarizan los procedimientos de selección y se da inicio a una nueva etapa.

Los estudios indican que la contratación pública resulta “conflictiva y poco eficaz, y con frecuencia causa daño patrimonial al Estado” por dos vías: la primera, por las demandas que pierde el Estado debido a la mala gestión de los contratos y, la segunda, por la corrupción imperante en los procesos de selección (Gorbaneff y Cabarcas, 2009, pág. 69). En ambos casos la discrecionalidad de los funcionarios públicos tiene una alta incidencia en el daño que se causa al Estado.

Sobre el particular, la mayoría de los trabajos señalan que la gestión de la contratación pública se debe regir por principios orientadores formales como la igualdad, libre concurrencia, seguridad jurídica, entre otros. Pero, también se plantean otros principios que son estrictamente éticos o de probidad y que son exigibles a todo funcionario público, e incluso a los privados cuando se relacionan con la administración pública (Campos, 2007, pág. 214).

De estos principios se puede concluir que la responsabilidad de la adecuada gestión de las obras públicas recae, básicamente, sobre los funcionarios públicos, quienes deben respetar los principios que rigen los procedimientos de selección, en salvaguarda del “sano ejercicio de la función estatal” (Campos, 2007, pág. 198). Sin embargo, ellos no son los únicos responsables. Los vacíos normativos, las decisiones políticas y la creciente corrupción han incidido de manera gravitante en el curso de la gestión de las obras públicas, en especial

durante las etapas de actos preparatorios y ejecución contractual, donde se generarían la mayoría de los actos de corrupción.

Roberto Dromi, en su obra *Licitación Pública* (2006), ha efectuado un análisis detallado de los procesos de selección que efectúan las entidades estatales en América Latina. En su obra hace una descripción de lo que debe ser un proceso de selección de obras públicas, detallando los actos que se producen en cada etapa. Ya que en estricto nos interesan los trabajos que vinculan los procesos de selección al fenómeno de la corrupción, equipararlos con lo establecido en nuestra normativa nacional puede servir de punto de partida referencial para el presente trabajo (y como base para nuestro siguiente capítulo). Asumiendo esta idea podríamos señalar que los procedimientos y contratos de obras públicas han sido uno de los principales campos de cultivo sobre los que germinaron las semillas de la corrupción.

En relación a los actos de corrupción y su vinculación con los procesos de selección, existen diversas perspectivas que establecen planteamientos diferentes, pero vinculados, sobre las causas y motivos de la corrupción en los actos de la administración pública. Cada una de estas perspectivas aporta elementos importantes para entender este fenómeno social. Así, por ejemplo, la perspectiva económica analiza cómo la corrupción genera un detrimento patrimonial del Estado a partir de los diversos actos indebidos, como el soborno, incentivos y regalos (Rose-Ackerman, 2001). Si bien estos actos tienen su origen en funcionarios mal pagados y sin motivación, eso no constituye un argumento válido para tolerarlos. También se recurre, en la perspectiva económica, al análisis costo-beneficio de la corrupción para comprender sus causas. Entiende el fenómeno como la transacción entre un agente privado y uno público (Zegarra, 2002). Sin embargo, dicho autor no deja de lado el aporte de la ciencia política para entender el comportamiento humano y los motivos que conducen al individuo a cometer actos de corrupción.

Existen también trabajos con tendencias más sociológicas, las que consideran importante los aspectos normativos, institucionales y económicos pero analizan

la corrupción como fenómeno (Huber 2008, Mujica 2011) que se reproduce en ambientes sociales determinados y ante específicos incentivos.

Sin perjuicio de lo señalado hasta este punto, podemos adelantar que en las investigaciones revisadas se aprecia que, en general, el problema recurrente que identifican los autores en las contrataciones estatales es la corrupción, ya sea mediante dadas, sobornos y favores políticos, mediante acuerdos entre funcionarios y privados que participan en los procesos convocados por el entidades estatales, el débil o nulo control, la ejecución incorrecta de los contratos, etc. (Campos, 2007, pág. 204-205; Romero, 2010, pág.158;). Algunos califican a la corrupción como un fenómeno económico y otros como un “fenómeno cultural” (Mujica, 2011). Sobre el particular, el trabajo de Campos Monge (2007, pág. 175) plantea que si bien la corrupción no es un tema nuevo, solo se habla de él recientemente, precisando que no es el único problema en la gestión de las obras públicas, pero sí el que mayor perjuicio causa al Estado. Otro problema relevante de la gestión de las obras públicas es la entrada y salida de los funcionarios estatales de las instituciones para ser contratados por los proveedores. Así se transmite importante información sobre las estrategias gubernamentales para negociar los contratos.

Las investigaciones concluyen en la necesidad de prestar atención a los problemas planteados para advertir los riesgos inherentes a los procesos de contratación pública. Proponen medidas drásticas como la erradicación de las contrataciones directas y la modificación sustancial de las normas para facilitar la rendición de cuentas. Pero, no debemos perder de vista el aspecto social del problema: la simple modificación de los procedimientos, ya sea estableciendo mayores restricciones o medidas coercitivas, no será una solución definitiva al problema. Debe considerarse los aspectos que se relacionan a los actores mismos, como la probidad (ética), la cultura, los intereses particulares o de grupo, los bajos salarios, los costos de transacción, la aceptación de determinados actos por algunos sectores, costumbres, etc. Esos aspectos no tienen una solución de carácter institucional o normativa. Se requieren de otro tipo de soluciones.

La corrupción se encuentra presente en las compras estatales debido al manejo intenso de recursos económicos (Campos 2007, pág. 205). El trabajo de Campos ofrece una visión jurídica del problema de la corrupción, analizado desde los principios rectores de la contratación pública. Plantea la necesidad de la observancia de los mismos y propone un modelo ideal de licitación, donde traslada la responsabilidad de su uso adecuado a los funcionarios públicos. Este modelo ideal supondría lo siguiente: Invitación pública, bases que describan el proceso, las necesidades y condiciones del contrato, prepublicación de la mismas, evaluación imparcial de ofertas y posibilidad de impugnación. Pero el procedimiento en nuestro país ya contempla todo ello, incluso disposiciones mucho más estrictas, como la de informar sobre todos los actos en el Sistema Electrónico de Contrataciones Estatales - SEACE. Cabe resaltar que, al igual que nuestro sistema, el modelo propuesto por Campos no aseguraría la inexistencia de actos de corrupción en el procedimiento, ya que no contempla los demás factores que inciden en los actos de corrupción, los que pueden ser percibidos desde las diversas perspectivas enunciadas en los párrafos precedentes.

Sobre el particular, las investigaciones señalan que el fenómeno de la corrupción en algunos sectores no se limita al orden regular de la mafia, ni a la estabilidad de una clientela. En el Perú se tiene una lógica menos sólida, menos ordenada y más compleja y difusa que las mafias o clientelas, por lo que hay que entrever los modos particulares en que se ejercen los actos de corrupción (Mujica, 2011). En efecto, en lo que a contratación pública se refiere, el autor de esta tesis ha podido observar en los últimos diez años, como especialista en la materia, que si bien se dan determinadas redes de corrupción en los procesos de selección, esto no suponen necesariamente mafias organizadas, y menos de naturaleza permanente.

Si bien no existen trabajos específicos sobre cómo se generan las redes de corrupción en los procesos de selección para la contratación de obras públicas, sí existen trabajos sobre la formación de las redes de corrupción en otros espacios, que pueden ser usados por la similitud en la vinculación de los actores, como el trabajo de Jaris Mujica (Micropolíticas de la Corrupción, 2011).

Pero habrá que analizar los métodos particulares que utilizan estas redes, ya que lo que interesa a este trabajo es describir los actos de corrupción en las obras públicas que convoca Proviás Nacional y las relaciones que se dan a partir de estos.

De otro lado, por la manera como se dan los actos de corrupción, hay trabajos que las explican como actos producto de la ambición personal (Peña, 2005). Pero hay quienes lo ven como un acto de interrelación de individuos, sin que ello signifique que lo segundo excluya lo primero, sino que se complementarían (Gorbaneff y Cabarcas 2009, pág. 69; Mujica 2011). Por ello, si bien los trabajos describen a los actores formales de los actos de corrupción, también hay actores informales que forman parte de las redes de corrupción, como los políticos, grupos de contratistas, lobistas, estudios de abogados, entre otros. La presente investigación pretende identificar a los actores formales e informales que participan en la contratación de obras públicas en el ámbito de Proviás Nacional.

En el trabajo de Gorbaneff y Cabarcas (2009, pág. 69) se “identificó la contratación como el área de la administración pública que presenta problemas de la conducta amoral y de la corrupción con el pago de comisiones a empleados encargados de tomar decisiones”. Este trabajo, al igual que el de Artavia (2008), describe algunos tipos de actos de corrupción que se dan en los contratos de obra y en la contratación en general, situando el problema principalmente en la deficiencia de la administración pública.

Los estudios sobre los tipos de actos de corrupción muestran que las conductas delictivas se pueden dar en diversos ámbitos, como en el aparato estatal y en la actividad económica. También muestran los actos de corrupción de la vida social (Kindhâuser, 2007, pág. 2) a los cuales se asimilan los diversos tipos penales. Este trabajo propone que existen actos de corrupción punibles y no punibles, siendo estos últimos los que funcionan en las “zonas grises de la normativa” a decir de Mujica (2011). Por lo general, los actos de corrupción se dan en el marco de la legalidad. La corrupción no es ciega ni está desinformada, por el contrario, conoce muy bien sus límites y actúa de manera

inteligente para, precisamente, no hacerse evidente. La mayoría de su accionar se puede enmarcar en un tipo penal una vez que se conoce, pero los diversos actos que la sustentan escapan a cualquier tipología que pueda proponerse.

Hasta aquí se ha descrito los trabajos que han analizado la corrupción desde distintos campos y tendencias. Pero no hemos definido qué se entiende por corrupción. A pesar de las variadas perspectivas, existe en los trabajos revisados casi una total uniformidad para definir la corrupción como aquel acto en el que se produce un “abuso de la función pública para beneficios privados” o particulares (Morales 2009, pág. 209; Rose-Ackerman 2001; Zegarra 1999) o para obtener ganancias personales.

La tipología de los actos de corrupción parece estar ligada a sus causas. La mayoría de los estudios han girado sobre dos grandes ejes: las implicancias económicas de la corrupción y la mirada jurídica sobre ella. En relación al ámbito económico, algunos estudios han tratado de medir los niveles de corrupción y ver sus implicancias (Morales, 2009), mientras otros tienen como interés diseñar sistemas de control que permitan atenuar la corrupción (Artavia, 2008). Si bien los trabajos revisados plantean diversos conceptos, parece existir acuerdo en que el cargo público y la corrupción parecen estar íntimamente vinculados en la práctica (Mujica, 2011).

Sobre el particular, el trabajo de Rose-Ackerman sobre la corrupción y los gobiernos nos da una visión clara de cómo funcionan las relaciones de la corrupción entre los funcionarios públicos del más alto nivel, pero no deja de lado la participación de las empresas privadas, mientras que el trabajo de Ludwig Huber (2008) nos da un mayor acercamiento a cómo funcionan estos vínculos entre funcionarios y privados en el Perú. Para Huber “la corrupción es una práctica social que se basa en códigos morales disyuntivos y sistemas informales de interacción, tanto o más poderosos que los formales”, y al ser “influenciadas por el contexto sociocultural, los esfuerzos para su reducción deben ser social y culturalmente adecuados”.

El presente trabajo busca describir los tipos de actos de corrupción que se producen en los procesos de selección para la ejecución de obras, así como determinar las redes de corrupción, tanto formales como informales.

1.2. Marco teórico. Sistemas formales e informales de organización de las entidades que convocan procesos de selección de obras públicas y formas de organización de prácticas no legales.

La década de los noventa significó para el Perú una etapa que pocos podremos olvidar. Por un lado se combatió de manera efectiva al terrorismo y se logró una relativa estabilidad económica; pero, por otro lado, se vivió una época donde las redes de corrupción hicieron suyas todo el aparato estatal.

El presente trabajo **busca describir la estructura (características) de las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones (Provías)**, para lo cual se ha definido el espacio y tiempo de la investigación, planteándose la necesidad de comprender los sistemas formales e informales de las organizaciones que convocan procesos de selección para obras públicas, la descripción de la redes de corrupción y sus principales actores, así como la tipología de los actos de corrupción que ocurren en los procesos de selección de obras en esta entidad.

Para estos efectos se van a revisar algunos casos en Provías Nacional donde se detectaron indicios de corrupción durante la ejecución de obras en el periodo 2005-2010, a fin de observar los actores formales e informales que han participado en dichos actos y determinar las estructuras (características) de las redes de corrupción que se dan en este tipo de procesos. Para ello se requerirá definir los conceptos de corrupción y las diversas perspectivas que han abordado el tema, ya sea en función al organismo que convoca el proceso, en función a los actores que participan en los procesos de selección (formales e informales) o según la tipología de los actos de corrupción que se suscitan (típicos y atípicos).

La posición que se asumirá en este trabajo es el análisis y descripción del funcionamiento de los sistemas formales e informales que se dan en los procesos de selección desde la perspectiva de las ciencias sociales, es decir, estudiando la corrupción como un fenómeno social. Se tratará de describir cómo funcionan los procesos de selección en las contrataciones públicas y, a partir de ellos, describir cómo las redes de corrupción, conformadas por actores formales e informales, se valen del proceso para su propio beneficio.

Las redes de corrupción se han estudiado desde perspectivas distintas. Una de ellas es la económica, que mira el fenómeno de la corrupción en el sector público y su impacto en el crecimiento económico (Rose-Ackerman 2001). Estos estudios se centran en la organización del estado y la sociedad, y, como surgen desde dentro alicientes a la corrupción. Plantea que la corrupción tiene sentidos diferentes para cada sociedad, lo que puede ser corrupción para una, no necesariamente lo es para otra. Incluso un mismo hecho, en una misma sociedad, puede tener diversas interpretaciones según los grupos sociales que lo examinen, siendo algunos actos admitidos o permitidos, mientras que para otros, con valores más estrictos, son inadmisibles.

Una segunda perspectiva es la neoinstitucional. Los agentes económicos buscan maximizar sus beneficios en el marco de las reglas de juego formales e informales (Portocarrero, editor, 2005), y es en el marco de estas últimas donde se generan las relaciones de corrupción. Las reglas informales son exigencias de tipo cultural o comportamientos que son socialmente sancionados y a los cuales se someten estas redes.

Ninguna de estas dos perspectivas describe cómo funcionan las redes, cómo se interconectan los privados con los funcionarios y cuál es el tipo de vínculos existente entre unos y otros, motivo por el cual el presente trabajo tratará de considerar esta descripción y las circunstancias que rodean este tipo de relaciones. Se podrá observar que se dan actos de corrupción no tipificados y no sancionados que solo pueden suceder por la experiencia y el manejo especializado de este tipo de procesos, para lo cual requerimos tener definida la tipología de los actos de corrupción y los conceptos que este término abarca.

Desde un enfoque normativo se analiza la corrupción como una “disfunción de los funcionarios públicos que responden a una determinada estructura de incentivos” (Huber, 2008). Es una perspectiva importante pero limitada, en tanto no comprende plenamente la fenomenología, los significados y persistencia de la corrupción, es decir, se limita al análisis de un segmento (quiénes son los actores en los actos de corrupción) y no abarca el grueso de los supuestos.

La perspectiva que asumiremos en este trabajo será sociocultural, considerando los actos de corrupción como una práctica compleja que tiene variaciones según el tiempo, actores, lugar y situación de las cosas. Considerando que según las investigaciones de esta perspectiva la corrupción debe ser tratada como el producto de una relación específica entre Estado y la Sociedad, se ha elegido estudiar una situación concreta: los actos de corrupción que se producen en la contratación de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones (Provías).

IV. Capítulo 2: Los procedimientos de selección de obras públicas

La normativa que regula los procesos de selección de obras públicas en Proviás Nacional.

Los contratos de obra pública son considerados como los de mayor importancia en el derecho administrativo (Linares, 2002). Contienen de manera más definida los caracteres que constituyen el contrato administrativo, donde una de las partes es el Estado. Todo contrato que celebra el Estado tiene un componente de derecho público (Dromi, 2006), sin que ello signifique que se obvie por completo el componente privado; sin embargo, lo que prepondera es el componente público. En efecto, existe una finalidad pública que subyace al contrato: cumplir con un objetivo o meta programada del sector (mejorar e incrementar la infraestructura vial), quizás orientada hacia alguna política gubernamental.

En cuanto a la selección misma de la empresa que se hará cargo de la ejecución de la obra, la doctrina prevé dos tipos de sistemas. En uno, la entidad escoge al contratista según el raciocinio del funcionario responsable, el cual deberá actuar basándose en criterios de oportunidad y eficiencia. Este sistema se usa en países como Estados Unidos, donde existen otros mecanismos de control del gasto público mucho más eficientes, incluyendo a la sociedad civil. En el otro, para la selección de un contratista el Estado deberá efectuar un procedimiento especial, una convocatoria pública en la que se deberán presentar los participantes interesados (Linares, 2002). Obviamente, por tratarse de intereses públicos, en el Perú la regla será el uso de un proceso de selección, el cual se regula por la Ley de Contrataciones del Estado, lo que reafirma el carácter público de estos contratos, siendo este procedimiento materia de una regulación estricta, pese a lo cual, los actores que participan en este tipo de procesos se las ingenian para quebrantar las normas y ejecutar actos contrarios a las buenas prácticas para la obtención de un beneficio propio, es decir, efectuar actos de corrupción.

La Ley de Contrataciones del Estado, norma que data del año 1998, ha sufrido una serie de variaciones y modificaciones a lo largo del tiempo, muchas de las

cuales solo han servido para crear mayores restricciones a la libre participación y acceso de los contratistas, y en otros casos han favorecido a determinados grupos empresariales. Un ejemplo claro es el artículo 33 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual permite que las propuestas económicas puedan efectuarse hasta el 110% del valor referencial, situación que no se permite en ningún otro caso (bienes y servicios) y que no tendría ninguna justificación técnica, por el contrario, correspondería a presiones de grupos de interés, como la Cámara Peruana de la Construcción - Capeco.

Si bien la Ley de Contrataciones del Estado constituye el principal marco normativo para la selección de un contratista de obras, existen otros mecanismos de contratación (contrataciones bajo la normativa de instituciones cooperantes u organismos financieros internacionales tipo BID y Banco Mundial, entre otros) que también son empleados por las entidades para llevar a cabo sus procesos de selección; pero su empleo debería constituir una excepción a la regla. En el caso de Provías Nacional se ha verificado que básicamente se ha empleado la Ley de Contrataciones, por lo que nuestro objeto de análisis se centrará en los procesos ejecutados según esta normativa.

Sobre el particular, la Ley de Contrataciones del Estado vigente al momento de efectuar el presente estudio está constituida por el Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 084-2004-PCM (vigente hasta el mes de enero del 2009) y el Decreto Legislativo 1017, vigente a partir del mes de febrero del 2009, en los cuales se establece los tipos de procesos de selección que deberán efectuar las entidades cuando quieran efectuar la contratación de una obra, pudiendo ser una Licitación Pública, Adjudicación Directa Pública, Adjudicación Directa Selectiva o una Adjudicación de Menor Cuantía, dependiendo del monto del valor referencial de la misma. Cabe precisar que la determinación del monto que corresponde a cada tipo de proceso de selección se efectúa teniendo en consideración dos fuentes: la Ley del Presupuesto Público de cada año fiscal (que determina los montos correspondientes a las Licitaciones Públicas de Obras) y lo normado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones (que establece los montos que corresponde a las

Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía en función a un porcentaje del monto previsto para la Licitación Pública).

En efecto, a manera de ejemplo podemos señalar que para el año 2012 la Ley del Presupuesto ha previsto que corresponderá efectuar una licitación pública para la ejecución de obras cuando el valor referencial del proceso sea igual o mayor a S/.1,800.000 (un millón ochocientos mil y 00/100 nuevos soles), por lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Contrataciones los procesos de selección se efectuarán de acuerdo al siguiente cuadro:

Cuadro N° 1: Tipos de procesos de selección



TOPES (*) PARA CADA PROCESO DE SELECCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS – RÉGIMEN GENERAL

Año Fiscal 2012 y en Nuevos Soles

PROCESO DE SELECCIÓN		BIENES	SERVICIO	OBRAS
LICITACIÓN PÚBLICA		>= a 400,000		>= a 1'800,000
CONCURSO PÚBLICO			>= a 400,000	
ADJUDICACIÓN DIRECTA	PÚBLICA	< de 400,000 > de 200,000	< de 400,000 > de 200,000	< de 1'800,000 > de 900,000
	SELECTIVA	<= a 200,000 >= a 40,000	<= a 200,000 >= a 40,000	<= a 900,000 >= a 180,000
MENOR CUANTÍA		< de 40,000 > de 10,950(**)	< de 40,000 > de 10,950(**)	< de 180,000 > de 10,950(**)

Elaborado por la Dirección del SEACE - OSCE

(*) Art. N° 13 de la Ley N° 29812 Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2012 y Art. N° 19 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF.

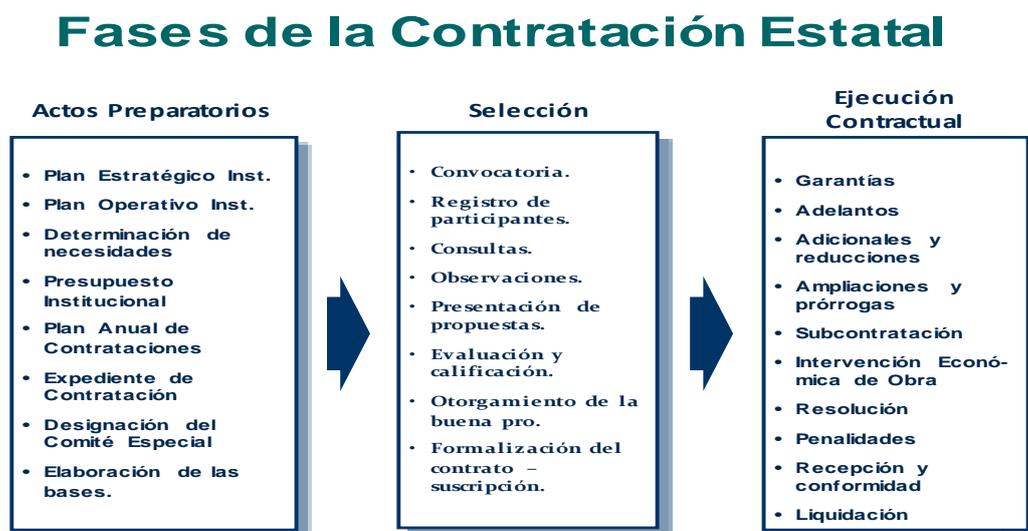
(**) Decreto Supremo N° 233-2011-EF publicado en el diario oficial El Peruano el 21-12-11 y el Art N° 3 numeral 3.3 h) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.L. N° 1017.

Fuente: Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones Estatales (SEACE)

El Cuadro 1 muestra los topes que corresponden a cada tipo de proceso de selección para el año 2012. Cada año se publica los montos correspondientes a los diferentes tipos de procesos de selección. Desde el año 2010 la tendencia es a mantener los mismos montos. Corresponde precisar que todas las obras pequeñas cuyo valor referencial sea menor al equivalente a 3 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones. Si bien en el cuadro se puede apreciar también la clasificación de los tipos de procesos de selección que deberán ejecutarse para la adquisición de bienes y servicios, para efectos del presente trabajo nos interesa únicamente la clasificación para los procesos de ejecución de obras y, en específico, aquellos que se hayan ejecutado mediante una licitación pública considerando el impacto de los mismos en atención a su cuantía.

Definido el tipo de proceso de selección que será considerado para el presente trabajo, corresponde definir el procedimiento que discurre desde la formulación de un requerimiento hasta la liquidación final del contrato, lo cual involucra tres fases claramente diferenciadas: la fase de actos preparatorios, la fase de selección y la fase de ejecución contractual.

Cuadro 2. Fases de la Contratación Pública



Fuente: Elaboración propia

La primera de las fases involucra todos aquellos actos que van desde la planificación de la obra y la solicitud de presupuesto para la misma, pasando por la elaboración del expediente técnico, la determinación del valor referencial, su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones, la aprobación del expediente de contratación, designación de los miembros del comité y la elaboración y aprobación de las bases correspondientes, las cuales constituyen las reglas de juego a las que se someten tanto los participantes como la entidad y que han sido elaboradas por el Comité Especial. Contienen el calendario del proceso, los requisitos mínimos para ser postor, el expediente técnico conformado por la memoria descriptiva y planos, los formatos de contratos, el contenido de las propuestas técnica y económica, entre otros. Es en esta etapa en la que se produciría, de acuerdo a lo manifestado por nuestros informantes, el grueso de actos irregulares y donde se define el favorecimiento a determinadas empresas.

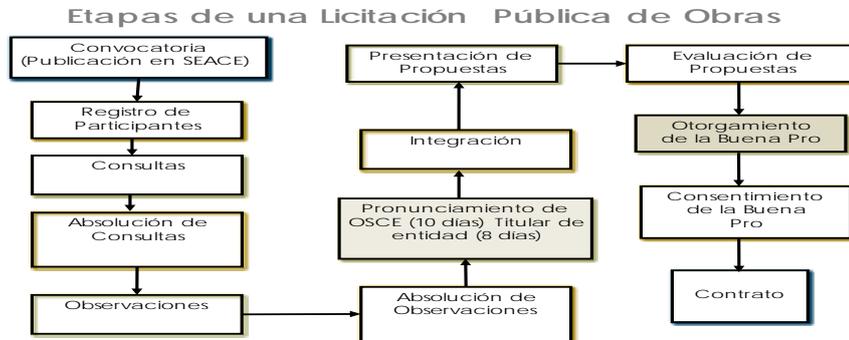
La gestión y programación de una obra corresponde a un proyecto de inversión pública que debe ser aprobado previamente por el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), el cual se asegura de la viabilidad del proyecto, la finalidad pública y el retorno de la inversión. Una vez aprobado, este se constituye en una necesidad que se plasma a través de un requerimiento, y que debe ser presupuestado por la entidad a fin de poder ejecutarlo.

Corresponde a la Dirección Ejecutiva de Provías definir qué proyectos se ejecutarán cada año y, en función a ello, solicitan el presupuesto correspondiente. La etapa de formulación presupuestal culmina con la emisión de la Ley del Presupuesto donde se asigna un monto determinado al sector Transportes y Comunicaciones y este, a su vez, asigna un monto a cada una de sus unidades ejecutoras. Definido el presupuesto de Provías, la Alta Dirección y la Dirección Ejecutiva deben definir los proyectos que se efectuarán en el año, iniciándose la etapa de reformulación del Plan Anual de Contrataciones (en adelante PAC) y su aprobación final.

Aprobado el PAC, la entidad debe proceder a designar a los diversos comités especiales que se harán cargo de los procesos programados. Para el caso de las obras a convocarse bajo la modalidad de licitación pública, de acuerdo a lo señalado en el artículo 24 de la Ley de Contrataciones, corresponde designar un Comité *Ad Hoc*, es decir, que únicamente se abocará a dicho proceso. Esta designación, que debería estar a cargo del Director Ejecutivo de Provías, de acuerdo a sus funciones previstas en el MOF, termina siendo efectuado por la Alta Dirección del Ministerio, situación que genera suspicacias y ciertas dudas sobre la legalidad y transparencia de las mismas, tal como se detalla en el Capítulo 3. El comité designado, en base al expediente técnico preparado por los órganos correspondientes, debe elaborar las bases, definiendo los factores de evaluación que se emplearán para la calificación de los postores (oportunidad en la que muchas veces se suscitan actos irregulares), las cuales deben ser aprobadas por el Director Ejecutivo de Provías o quien este designe. En muchas oportunidades dicha aprobación ha pasado por las manos de la Alta Dirección del Ministerio.

Por su parte, la fase de selección comprende todos los actos que se dan desde la convocatoria del proceso a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el registro de participantes, la formulación de consultas por parte de los participantes, la absolución de las mismas a cargo del Comité Especial de Selección, la formulación de observaciones a cargo de los participantes y la absolución de las mismas a cargo de Comité Especial, la integración de bases, presentación de propuestas, evaluación y calificación de propuestas, así como el otorgamiento de la buena pro y consentimiento de la misma, hasta la suscripción del contrato.

Flujograma N° 1. Muestra las etapas que se dan en los procesos de selección de obras que convoca Proviás Nacional.



Fuente: Elaboración propia

El proceso de licitación pública para la contratación de la ejecución de una obra, tal como se puede apreciar en el flujo precedente, empieza con la convocatoria que efectúa la entidad a través del Sistema Electrónico de Contrataciones (en adelante SEACE), la misma que contiene información referida a la identificación de la entidad que convoca, el valor referencial, el calendario del proceso, la descripción de la obra, entre otros, debiendo los contratistas interesados registrarse como participantes en el local de la entidad. Cabe señalar que la norma exige como requisito previo indispensable para el registro que los participantes cuenten con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), el mismo que se encuentra bajo la administración del Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (en adelante OSCE), y que se encuentra dividido en los rubros Bienes, Servicios y Obras, de manera que cualquier contratista que desea contratar con el Estado deberá estar previamente registrado en el RNP, en el libro de Contratistas de Obras, el mismo que a su vez divide a los contratistas por especialidad y otorga una capacidad máxima de contratación, la misma que determina el monto máximo hasta el cual un contratista podrá suscribir contratos con el Estado.

No todos los contratistas de obra pueden participar en una licitación pública, solo aquellos cuya capacidad máxima de contratación lo permita. Dicho ello,

hay que señalar que el RNP constituye un primer filtro que impide que cualquier empresa se presente a un proceso de selección de obras y que, luego, no cumpla su obligación debido a su poca liquidez y capacidad de endeudamiento, aunque dicho supuesto podría ser relativo.

Una vez registradas, las empresas interesadas asumen la calidad de participantes, lo cual les otorga el derecho a formular consultas, observaciones y presentar propuesta en el proceso de selección, asumiendo la calidad de postores. En relación a la formulación de consultas, esta constituye una etapa del proceso de selección. Los participantes registrados pueden formular consultas o solicitudes relacionadas a las bases del proceso. Las consultas solo tienen el objetivo que el Comité Especial precise o aclare alguna discrepancia o disposición poco clara de las bases u otra precisión que permita que el proceso se lleve con la mayor transparencia y equidad para los participantes. Sin embargo, como veremos más adelante, esta es una de las etapas del proceso en las cuales, a veces, se da inicio a los actos de corrupción tendientes a favorecer a alguno de los participantes.

Efectuada la publicación del Pliego de Absolución de Consultas, los participantes cuentan con un plazo de 5 días hábiles para formular observaciones respecto de aquellos aspectos de las bases que puedan constituir infracciones a la normativa o la vulneración de cualquier otra disposición vinculada al objeto de la convocatoria. Es decir, a diferencia de las consultas, con las observaciones se busca cuestionar lo establecido en las bases por ser contrario a la normativa. Cabe señalar que en caso existieran observaciones referidas al expediente técnico, el Comité deberá correr traslado de las mismas al área usuaria que formuló el expediente técnico a fin de que esta se pronuncie, ya que el Comité Especial adolece de competencia para ello. Con la respuesta del área usuaria, el Comité podrá dar respuesta a las observaciones formuladas mediante el pliego correspondiente. Esta etapa, al igual o en mayor medida que las consultas, ha sido utilizada por quienes participan en actos de corrupción para el establecimiento de disposiciones que pueden favorecer a un postor determinado, tales como la inclusión de especificaciones que solo las puede cumplir determinada empresa o grupo de

empresas. Esto va de la mano con la existencia de acuerdos previos entre las grandes empresas constructoras que forman parte del denominado “club” para repartirse las obras, y que se detalla en el tercer capítulo.

En caso de que alguno de los participantes no estuviera de acuerdo con la respuesta del Comité, porque considera que aún se sigue vulnerando la normativa, o la respuesta dada no acogiera todos los aspectos cuestionados, o la respuesta pudiera favorecer a un tercero, puede solicitar que las bases sean elevadas al OSCE para que este organismo se pronuncie en un plazo no mayor a 10 días hábiles. Emitido el pronunciamiento, corresponderá al Comité integrar las bases. Dicho proceso consiste en la incorporación, dentro del texto de las bases, de las precisiones efectuadas en la etapa de consultas o las modificaciones efectuadas a partir de las observaciones y/o las precisiones realizadas mediante el pronunciamiento del OSCE. La integración de las bases, en algunos casos, también ha servido para que se incorporen disposiciones que no han sido consultadas u observadas, y que pueden conducir al direccionamiento de las mismas hacia un proveedor determinado, por lo que corresponde, en principio a los propios participantes en el proceso y a los órganos competentes, velar porque la misma se efectúe de manera correcta.

Una vez integradas las bases, recién se puede dar inicio a la etapa de presentación de propuestas, la cual se efectúa en acto público (para las Licitaciones Públicas y Adjudicaciones Directas Públicas), con presencia de notario. Los postores irán entregando sus propuestas técnicas y económicas en el orden que se registraron como participantes en el proceso. En dicho acto el Comité solo debe verificar el cumplimiento de la información obligatoria para luego, en privado, proceder a la evaluación de cada una de las propuestas y, en acto público posterior, proceder a la apertura de la propuesta económica y a la sumatoria de los puntajes obtenidos para determinar el ganador de la buena pro.

Otorgada la buena pro, los postores que no fueron adjudicados tienen un plazo de ocho (8) días hábiles para impugnar dicho acto, formulando un recurso de apelación en caso de que no hubieran estado de acuerdo con la evaluación

efectuado a su propuesta o la del ganador, o si consideraran que el ganador no ha cumplido con los requisitos de las bases. El recurso de apelación deberá ser resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado que funciona en el OSCE, el cual podrá declarar el recurso improcedente, infundado o fundado. En caso no se hubiera impugnado la buena pro en el tiempo señalado, esta quedará consentida.

Consentida la buena pro, la entidad deberá citar al ganador para la firma del contrato, para lo cual, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, deberá notificar al ganador para que se apersona a la entidad en un plazo no menor a cinco (5) días hábiles y no mayor a 10 días hábiles de recibida la notificación¹, periodo en el cual, además, deberán presentar toda la documentación necesaria para la firma del contrato (garantías, poderes, constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, entre otros).

Suscrito el contrato, el mismo se mantendrá vigente durante todo el tiempo previsto o hasta la culminación de la obra, salvo que el mismo se resuelva por haberse advertido el quebrantamiento de la presunción de veracidad mediante una verificación posterior que pudiera haber efectuado la entidad.

La tercera fase comprende la ejecución contractual, durante la cual se efectúan determinados actos relacionados a la ejecución de la obra propiamente dicha y el seguimiento a las mismas, verificación y renovación de garantías, aplicación de penalidades cuando corresponda, adecuación del monto del contrato según fórmulas de reajuste, aprobación de adicionales y reducciones, ampliaciones de plazo, resolución del contrato, liquidación del contrato y demás actos hasta el pago final, siendo esta fase donde también se realizan un buen número de actos contrarios a la ética, especialmente en lo que corresponde a la aprobación de adicionales y ampliaciones de plazo, como veremos en uno de los casos que se analizan.

¹ Actualmente, el procedimiento ha variado, ya no se requiere notificar al ganador de la buena pro, definiendo la norma un plazo máximo de 7 días para que se apersona con toda la documentación necesaria para la firma del contrato.

Descrito el proceso por el cual discurre la contratación de una obra pública, y habiendo definido el marco normativo que rige dicha contratación, nos encontramos en aptitud de poder analizar la participación de los diversos actores que intervienen en la contratación de obras en Provías.



V. Capítulo 3: Redes de corrupción en Provías Nacional

Considerando que la corrupción es una práctica compleja, y en el caso del Perú tiene variaciones según el tiempo, lugar, actores que participan y situación de las cosas, en el presente capítulo se busca identificar los actores que integran las redes de corrupción en la contratación pública de obras en el sector Transportes y Comunicaciones, en específico en el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional, y la manera cómo se relacionan entre sí. Para estos efectos, se requiere entender lo que es una red de corrupción, qué tipo de actores participan en la contratación pública, definiéndose, además, los tipos de redes que se generan a partir de estas relaciones.

Este capítulo constituye el complemento del anterior, ya que una vez definidos los procedimientos formales que se pueden dar en un proceso de selección de obras, la identificación de los actores, las circunstancias que los rodean y su incidencia en el proceso nos va a permitir obtener un árbol de vinculación entre los mismos y los puntos críticos que deberían atacar quienes pretendan fortalecer el sistema de contrataciones para lograr la reducción de los actos de corrupción y, por ende, la eficacia en las compras públicas.

Podemos definir a los actores formales como aquellos cuya participación en alguna de las fases de la contratación pública se encuentra regulada por la normativa, pudiendo clasificarse en directos (aquellos cuya participación tiene injerencia directa en los resultados del proceso) e indirectos (cuando no tienen una participación determinante, por lo menos en el papel, pero podrían tener alguna injerencia en el resultado). Por su parte, los actores informales se definen como aquellos que, pese a no encontrarse prevista su participación en alguna de las fases de la contratación pública, intervienen necesariamente de manera indirecta (por lo general a través de los actores formales indirectos), pudiendo llegar a tener injerencia en el resultado del proceso y demás actos administrativos.

Es precisamente a partir de la relación que se da entre actores formales y no formales donde se generan intereses ajenos al Estado, las que se materializan

en intervenciones no contempladas en la normativa con el objetivo de favorecer a un tercero, las que podrían ser definidas como actos de corrupción.

De esta manera, el estudio de las relaciones que se dan entre los diversos actores formales y no formales resulta de vital importancia para los efectos de este trabajo, ya que nos va a permitir observar cómo funciona la estructura de las redes de corrupción alrededor de los contratos de obras públicas en Provías, y en cuál de las fases de la contratación pública se producen realmente estos actos. Existe la presunción generalizada que la corrupción se da básicamente durante la fase del proceso de selección, y por eso es que durante los últimos años se ha venido llevando a cabo un proceso de sobre regulación en materia de contratación pública que hasta el momento no da resultados. Precisamente, a través del presente capítulo podremos apreciar algunas circunstancias que permiten advertir que la mayor incidencia de las redes de corrupción no se dan necesariamente durante el proceso de selección, sino en la fase de actos preparatorios (previa al proceso) y durante la fase de ejecución contractual (posterior al proceso), por cuanto los procesos de selección básicamente materializan aquello que se acordó previamente.

3.1. Los actores formales que participan en la contratación de obras

Cada una de las actividades que suceden durante las diversas fases de la contratación de obras requiere la participación de diferentes actores, cada uno de ellos con responsabilidades distintas y, por lo general, con cierto nivel de especialización en las materias que los involucra, lo cual hace que por lo general los procedimientos previstos para cada una de estas actividades se efectúen de acuerdo a lo previsto en la normativa, de manera que, en estricto, los actos de corrupción no necesariamente se producen como consecuencia de la vulneración de estos procedimientos. Como veremos en el desarrollo de este trabajo, se pueden producir como consecuencia del manejo de la información por parte de los operadores formales y la intervención de los actores informales.

Pero si la Ley de Contrataciones es considerada por los administrativistas como una norma muy completa, dejando muy poco o nulo margen de actuación discrecional a los operadores, y si aparentemente se cumplen los procedimientos, ¿por qué se habla tanto de la corrupción en los procesos de selección para la ejecución de obras? La respuesta la encontraremos en el análisis descriptivo de las actividades que constituyen cada una de las fases de la contratación pública, en la que se aprecia la intervención de diversos actores que permiten evidenciar no solo las falencias normativas, sino las estrategias que estos emplean para “vulnerarla”². En efecto, en una entrevista efectuada al doctor Ricardo Salazar Chávez, ex presidente del OSCE, publicada en la Revista de la Facultad de Derecho – Derecho PUCP N° 66, Año 2011, preguntado sobre el modelo de contrataciones en el Perú y cómo se ve este en la comunidad internacional, señala que se deben distinguir dos temas: “Una cosa es el modelo y otra cosa es quienes lo operan, quienes lo llevan adelante. En cuanto al modelo, el nuestro es uno de los más completos en el mundo... hemos ingresado con mucha fuerza a la contratación electrónica y esto también es un modelo muy completo... en el tema de los operadores es donde tenemos que trabajar más, porque hay dos temas siempre presentes. Por un lado, el de las capacidades técnicas... Y el otro tema es el de la prevención y lucha contra la corrupción...”

Como puede vislumbrarse desde ya, todos los indicios apuntan a que el problema de la corrupción no se enmarca tanto en el lado normativo, sino más bien recae, en mayor grado, en el lado humano. La corrupción no se define por un tema normativo o administrativo, sino por la acción de los diversos actores que participan en las distintas etapas de la contratación pública. Por ello, la trascendencia de obtener información que nos permita describir la participación de los diversos actores en cada una de las etapas descritas.

Haciendo un seguimiento a los actos preparatorios encontramos que la determinación de las metas y priorización de actividades para cada año vienen

² Cuando nos referimos a la vulneración de la norma, no necesariamente nos referimos al quebrantamiento de la misma, sino a la disposición de determinadas actividades que, no siendo contrarias a lo dispuesto en la norma, resultan contrarias a la ética. Es decir, se diseñan situaciones como el direccionamiento de especificaciones técnicas, supuestamente necesarias, pero que en estricto solo pueden ser cumplidas por uno o determinados postores.

dadas por los más altos funcionarios de una entidad, en el caso de Provías, por la Dirección Ejecutiva. Sin embargo, por tratarse de un programa adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y por la trascendencia del mismo en cuanto a niveles de ejecución presupuestal se refiere, la Alta Dirección del Ministerio (ministro, viceministro, secretario general, directores) tiene un gran interés en participar en la definición de las mismas. Estos actores formales dejan sentada su participación mediante directrices, muchas veces plasmadas en documentos, y otras tantas mediante instrucciones verbales a quienes deben efectuar la planificación del programa. La desempeño de estos actores no acaba en esta etapa, muchas veces se evidencia el seguimiento que efectúan a determinados procesos a través de funcionarios de confianza de menor rango, o incluso de manera directa. En este punto cabe resaltar que también se da la participación de actores informales que cuentan con poder económico y posiblemente político, quienes coordinan al nivel de los actores mencionados, pero cuya participación detallaremos en el siguiente subcapítulo.

Una vez definidas las prioridades y metas por los actores formales, se requiere plasmarlas a través de requerimientos de bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos trazados para cada año, pasando por la consolidación de necesidades, donde debe intervenir el órgano encargado de las contrataciones, que tiene por función consolidar los requerimientos de las áreas usuarias y, finalmente, formular el presupuesto, el cual una vez aprobado servirá de guía para efectuar la adecuación de las necesidades al mismo, lo que conlleva priorizar las obras que se van a efectuar de acuerdo al presupuesto otorgado. Las obras priorizadas se incorporan en el Plan Anual de Contrataciones (PAC)³, el mismo que contiene los diversos procesos de selección de obras que convocará el programa durante el año, correspondiendo su formulación al órgano encargado de las contrataciones (OEC), debiendo ser aprobado por la máxima autoridad administrativa (el Director Ejecutivo en el caso de Provías). Una vez que se tienen programados los procesos de selección, corresponde a las diversas áreas usuarias formular

³ El PAC es un documento de gestión que contiene el listado de procesos de selección que convocará la entidad y que está a cargo del área de Logística y debe ser aprobado por la máxima autoridad administrativa de la entidad, en nuestro caso, por el Director Ejecutivo de Provías Nacional.

los requerimientos para el inicio del proceso, que comprenden la elaboración, en el caso de obras, de los expedientes técnicos correspondientes. Si como hemos mencionado, gran parte de los actos de corrupción se dan en la etapa de los actos preparatorios, es precisamente en la determinación de las obras que se ejecutarán cada año y en la elaboración de los expedientes técnicos donde se producirán las principales coordinaciones entre los actores a fin de consolidar los actos de corrupción, lo cual finalmente se va a materializar a través del proceso de selección.

De acuerdo a la normativa, los expedientes deben ser elaborados por las áreas usuarias técnicas, que para el caso de Provías son los órganos de línea (Unidad Gerencial de Estudios y Unidad Gerencial de Obras)⁴, actores formales que deben definir, además de las especificaciones técnicas de la obra, el perfil de los contratistas (requerimientos mínimos para la empresa y para el personal principal que estará a cargo de la obra). Es precisamente en esta etapa donde se produce la intervención de terceros ajenos al órgano técnico, como lo relata en una entrevista María⁵:

“Afuera de Provías se dice que se trabaja con la gente de Procesos los términos de referencia, que ya tienen sus preferidos, que esto va desde el Ministro hasta el Director Ejecutivo de Provías, y en diferentes gobiernos. Y se sabe que ellos hacen sus *lobby*, los grandes empresarios de la contratación pública, pues simplemente ya saben con quién van a trabajar y no se hacen ningún problema...”

La entrevistada no hace sino confirmar lo que hemos venido señalando, que el direccionamiento de los procesos de selección para la ejecución de obras en Provías, cuando existe, se consolida desde las etapas previas al proceso, en los acuerdos o condicionamientos que pueden exigir los altos funcionarios de la entidad, quienes, además, no actúan por iniciativa propia sino por interés de un tercero. Y si estos acuerdos se dan desde la priorización de las obras que se deben ejecutar, la formulación de los requerimientos y establecimiento de

⁴ De acuerdo al Manual de Operaciones del Provías Nacional, la Unidad Gerencial de Estudios tiene a su cargo la responsabilidad de formular, administrar y supervisar la ejecución de los estudios de pre inversión, y expedientes técnicos de mantenimiento, operaciones y otros proyectos de infraestructura de transporte, mientras la Unidad Gerencial de Obras es la responsable de la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de transporte relacionada a la red vial nacional, teniendo como una de sus funciones el participar en la elaboración y dar conformidad a los términos de referencia propuestos por la Unidad Gerencial de Estudios para los estudios definitivos.

⁵ María es el seudónimo de una ex funcionaria de Provías que fue entrevistada sobre el tema.

perfiles determinados para favorecer a alguien, ¿qué futuro le espera al proceso de selección?, o, para ser más exacto, ¿qué futuro le depara a los principios de libre competencia, igualdad y de trato justo e igualitario que deben regir en un proceso de selección? La respuesta es evidente: ninguno.

Algo que llama mucho la atención es que este tipo de actuaciones aparentemente se encuentran “institucionalizadas” en Provías, y al parecer forman parte de la cultura organizacional de la institución, o al menos de un buen grupo. En efecto, de acuerdo al artículo 27 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el titular de la entidad designará por escrito a los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial, por lo que siendo el Director Ejecutivo de Provías el titular de la entidad, correspondía a este efectuar tal designación. Sin embargo, de acuerdo a lo señalado por los entrevistados, la designación de los miembros del Comité Especial se hacía muchos veces desde el Ministerio, con el claro objetivo de manipular la elaboración de las bases y la determinación de los elementos a evaluarse posteriormente en el proceso. María nos comenta sobre el particular:

“...El ministro [...] en el gobierno del APRA sacó esta resolución ministerial delegando las funciones en el Viceministro para que él sea nuestra máxima autoridad administrativa. Él nombraba comités, aprobaba todos nuestros procesos internos de contratación pública, y nuestro director ejecutivo solamente firmaba contratos, es decir, había un desorden en cómo administrar solo por el hecho de la ‘comisión’, cuando sabíamos que ellos nombraban a los comités, es decir, sí querían manejarlo...”

En el mismo sentido, durante la entrevista efectuada a Juan⁶, actual funcionario de Provías, y que tiene una visión muy similar a la de María, se precisa la intervención de algunos actores que, en estricto, no deberían tener una participación directa según la normativa en materia de contrataciones, pero que vía regulación interna se determinaba lo contrario. En efecto, al preguntársele sobre quién proponía la designación de los miembros del Comité Especial y quién era el responsable de la designación, comentó lo siguiente:

⁶ Juan, es el seudónimo de un funcionario que actualmente labora en Provías Nacional y que fue entrevistado para efectos del presente trabajo.

“Funcional no había, porque la designación formal de los miembros del Comité recaía en la Alta Dirección del Ministerio, no del proyecto. Ministro, Secretario General, concretamente el Secretario General. Pero lo que sí había era que el usuario proponía a los miembros del Comité Especial, dependiendo del momento, tenía una intervención más o menos... En algún momento la Alta Dirección dispuso que los abogados de la Alta Dirección (del Ministerio) sean parte de los comités especiales de los procesos de Provías. Entonces, lo que ha ocurrido en el tiempo es que ha habido una mayor intervención de la Alta Dirección en la conformación de los miembros y en la designación de estos como parte de los comités especiales.”

De esta manera, de acuerdo a lo señalado por los entrevistados, queda claro que parte importante de la corrupción, y quizás donde participan los actores de los más altos niveles, se da en la fase de los actos preparatorios, donde se define las obras que se van a ejecutar, el contenido de los expedientes técnicos, la descripción del perfil y requisitos para los contratistas. Hemos podido advertir la participación de altos funcionarios, como el ministro, viceministro, secretario general, director ejecutivo, entre otros. Sin embargo, estos actos continúan durante el proceso mediante la participación de otros actores, que como hemos podido advertir han sido designados por los altos funcionarios. Dicha designación no es una mera casualidad.

En lo que se respecta a la fase del proceso de selección, la normativa en materia de contratación pública define como actores principales al titular de la entidad, al área usuaria, al órgano encargado de las contrataciones y al comité especial, estableciendo para cada uno de estos actores funciones claramente definidas así como responsabilidades puntuales por las diversas etapas del proceso. Sin embargo, existen otros actores formales que intervienen en los procesos de selección, como los gerentes y directivos de Provías, quienes tienen poder de decisión, los representantes legales de las empresas, los notarios que participan en los actos públicos, e incluso los vocales del Tribunal de Contrataciones, quienes deben resolver los recursos impugnativos en última instancia administrativa y que son, muchas veces, los que definen el resultado de un proceso.

Si bien existe una participación directa de algunos actores durante el proceso de selección, básicamente nos centramos en la participación del Comité Especial, quien tiene a su cargo la conducción del proceso, y de quienes se dice que no tienen mucho margen de actuación para influir en el proceso mismo; no obstante, ello lo consideramos desde el punto de vista formal, es decir, no tienen margen de discrecionalidad para alterar el procedimiento regulado en la norma, pero sí podemos decir que participan, por mandato de un tercero o por interés propio, a fin de establecer requerimientos de manera previa al inicio del proceso, lo que puede favorecer a determinado contratista.

Dos de los entrevistados coinciden en que los funcionarios recurrentemente designados como miembros de comités de selección tenían un “estilo de vida” que no necesariamente correspondía con el nivel de ingresos que percibían, lo cual es un indicio claro de la percepción de algún tipo de ingreso no declarado o no legal. A manera de ejemplo citaremos algunos párrafos de las entrevistas:

“Entrevistador (E): Entrando un poco a ese tema, ¿tú crees que si alguien estuviera interesado en hacer una investigación a los actores formales, por lo menos a los que participan en los procesos de selección de ejecución de obras, podría encontrar indicios razonables o algunas pruebas de que efectivamente hay o se han dado actos de corrupción?”

Juan (J): Bajo algún tipo de especulación, yo creo que sí... sí, yo creo que sí.

E: ¿Por ejemplo?

J: Claro que sí... este...sí... o sea... indicios pueden haber, algunos de los cuales hablar... por ejemplo, la intervención de la Alta Dirección.

E: ¿Cosas más palpables, en la gente más cercana, por ejemplo, de cargos intermedios?

J: Hay gente que estaba interesada en participar en comités especiales...

E: Y digamos, en tu opinión, ¿habrían algunos indicios visibles de que eso se da? Te pongo un ejemplo: ¿Cuánto gana un funcionario que participa en un comité?

J: Ah.... un funcionario, este...

E: En promedio.

J: Bueno, digamos, los que participan en un comité por lo general son los que se denominan P4, son la máxima escala a nivel de especialista, S/. 7,000.00 soles al mes.

E: De lo que ves, ¿ el nivel de vida que llevan se podría justificar o se justifica con el nivel de ingresos que tienen?

J: Sin haber hecho ninguna indagación, tú sabes que yo normalmente no me meto en esas cosas, pero... al menos de lo que se ve o de lo

que la gente comenta, bueno, no, no corresponde. Yo recuerdo mucho el caso de un ingeniero... de un área de línea, que llegó con... hace unos años... que cuando entró a la institución llegó en un *Hyundai Sonata* de mitad de los años noventa, y al poco tiempo, menos de un año, tenía un *Honda Accord* del año. Yo tengo ahí varios años y todavía no tengo auto (risas). Entonces, digamos, hay ese tipo de cosas.”

Lo señalado por Juan corrobora que, si bien en la conducción de los procesos de selección no se vulnera la normativa, por lo menos en la parte formal sí se puede afirmar que hay algún tipo de manejo no ético alrededor de los procesos de selección, por el cual los integrantes de los comités de selección perciben beneficios de manera informal. María, en el mismo sentido de lo señalado por Juan, nos comentó lo siguiente:

“María (M): Dentro de la misma entidad se comenta que cuando te eligen miembro te dicen ¡buena, te ganaste!, está muy bien, ahora ya vas a poder cambiar tu carro, y todo el mundo se ríe. Pero nadie, en realidad, dice nada. Han habido muchas denuncias que han llegado al Director, ha hecho su investigación, su fiscalización posterior, pero yo digo... y cuando el Ministerio decía (te hablo de la Alta Dirección del Ministerio), cuando el Ministro y el Secretario General decían que hay mucha corrupción y por eso vamos a nombrar a los comités... si hay corrupción, ¿quiénes son? Descubre quién es, haz algo... nunca se ha hecho nada, nada. Nunca se ha sacado a nadie de Procesos.

Entrevistador (E): ¿Cómo te sientes al respecto?

M: Me he molestado mucho porque siempre se dicen muchas cosas pero nunca se prueban. No solo me molestaba porque no supiera que de repente sí existía, no, porque de la noche a la mañana todo el mundo habla de ¿por qué tú tienes una *Jeep Cherokee* de US\$ 50,000.00? ¡Cuando gana 5,000 soles!... Entonces... tú ganas lo mismo que yo, y yo no puedo cambiar mi carro *Ford* del año 97. Son cosas que se dicen pero que nadie prueba ni hace nada... Hay otras cosas que se deberían hacer y no perder el tiempo. Considero que ese tipo de cosas no se han hecho en Provías, por eso siempre queda esa sombra de corrupción, esa sensación de que podrían investigar, podrían tomar acciones, que podrían hacer una reestructuración del área de Procesos y no se ha hecho.

E: ¿Tú considerarías que había evidencias claras?, ¿que había gente con un estilo de vida desproporcionado para su nivel de ingresos, que podía evidenciarse que había algún tipo de ingreso adicional o no declarado?

M: Sí, yo creo que sí. Mucha gente es muy solapa, pero en diferentes ocasiones....

E: ¿Y eso en qué niveles? Podrías explicarnos un poco en qué niveles...

M: ¿En qué niveles? Todos los especialistas, especialistas de contratación pública.

E: ¿Que participaban de qué manera?

M: Como miembros de comité... porque los factores, los cuadros donde se evaluaban a estos postores podrían ser fácilmente manejados por aquellos que si están en contubernio... Sí, o sea, ese tipo de cosas sí. Considero que probablemente en algunos, no en todos.”

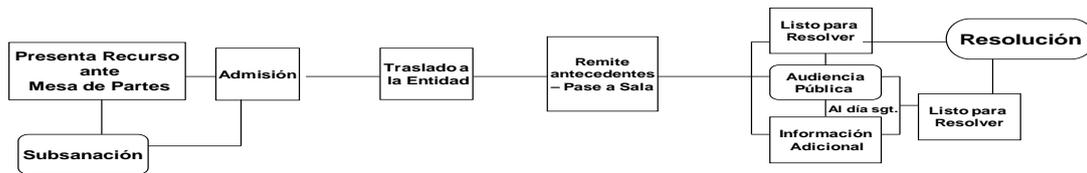
Queda demostrado que, durante el proceso de selección, los miembros del Comité Especial (en algunos casos) se constituyen en actores directos de los actos de corrupción, en la medida que actúan bajo los intereses de un tercero, el cual muchas veces ya habría tomado contacto y efectuado acuerdos en las etapas previas del proceso con otros actores, como la Alta Dirección del Ministerio.

Por su parte, en relación al proceso de selección, ocurre que una vez otorgada la buena pro esta puede ser materia de impugnación por alguno de los participantes del proceso, correspondiendo pronunciarse al Tribunal de Contrataciones del OSCE en los procesos mayores a 600 UIT (S/.2,190,000.00)⁷. Este es un órgano de competencia nacional y última instancia administrativa. Los vocales de la sala que se encuentran a cargo del proceso de apelación se constituyen en actores formales que tendrán una incidencia directa en el resultado del proceso, ya que el mismo dependerá de lo que ellos resuelvan. Por ese motivo son, también, un blanco de la corrupción, advirtiéndose que en algunos casos podrían haber favorecido indebidamente a algunos contratistas. En este trabajo no se incidirá sobre los actos y redes de corrupción que se generan alrededor del Tribunal de Contrataciones, solo lo mencionaremos en tanto se constituye en un actor más que participa en los procesos de contratación de obras que convoca Provías.

⁷ Con la normativa actual se puede elevar los recursos de apelación al Tribunal de Contrataciones en los procesos de selección de adjudicación directa pública y licitaciones y concursos públicos.

Flujograma N° 2. Procedimiento del recurso de apelación ante el Tribunal del OSCE.

TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN ANTE DEL TRIBUNAL



(*) Los plazos entre cada paso son modificables según la norma aplicable

Fuente: Diapositivas empleadas en los cursos de contrataciones.

En el Flujograma 2 se aprecia el procedimiento que se da a los recursos de apelación que se tramitan ante el Tribunal de Contrataciones, el cual nos servirá de guía para entender lo señalado por Juan respecto de los posibles actos irregulares que se dan en esta instancia y que se derivan de procesos impugnados de Provías.

“Entrevistador (E): En algún momento tú me comentabas que la carnecita de los actos irregulares de la contratación pública de obras está en la parte de la ejecución, más que en la parte del proceso. Pero, yéndonos un poco al proceso, ¿te acuerdas o te han contado una historia o evento donde se haya producido una situación irregular en un proceso de selección?”

Juan (J): Irregular en un proceso de selección.... más que a nivel Provías, a nivel OSCE... cuando hay constructoras que entienden que han presentado una propuesta adecuada, o que entienden que la del competidor ganador no ha sido la mejor, sí, sí han habido cuestiones ante el tribunal.

E: ¿Ante el tribunal del OSCE también se han dado situaciones irregulares?

J: De lo que se dice, sí; de lo que se dice, claro.

E: Estábamos olvidándonos que el pronunciamiento del tribunal OSCE todavía forma parte del proceso de selección. ¿Podríamos considerar el tribunal, bajo esta lógica que tú me planteas, también como un actor? ¿Informal o formal? En todo caso, decide indirectamente sobre el resultado del proceso de selección.

- J: Definitivamente es un actor formal, legal, competente, pero no sé si immaculado.
- E: ¿Tú entiendes que el OSCE, o el tribunal del OSCE para ser preciso, haya tenido injerencia favoreciendo a grandes empresas?
- J: De lo que se dice extraoficialmente, sí... pero no gratuita.
- E: ¿Qué es lo que se dice?
- J: Definitivamente que han pagado... ha habido casos, como te digo, que a la resolución del OSCE le ha seguido pronunciamientos posteriores.
- S: ¿Pronunciamientos del mismo tribunal?
- J: Del mismo tribunal.
- E: ¿Cambiando el sentido?
- J: Cambiando el sentido, claro.
- E: ¿Cómo reconsideración? Los famosos recursos de reconsideración.
- J: Más que reconsideración, nulidades de oficio... tú sabes, un órgano colegiado puede declarar la nulidad de su propio acto como consecuencia de las últimas modificaciones de la Ley 27444, pero con la decisión unánime del tribunal del órgano colegiado. En el caso del tribunal del OSCE han habido nulidades de sus resoluciones, pero no con el íntegro de los miembros.
- E: O sea, ¿en votos por mayoría?
- J: En voto por mayoría...claro, y no colegiado.
- E: ¿No eran votos colegiados?
- J: No era colegiado...O casos en los que el tribunal declaraba expedito para resolver... tú sabes que dentro de la norma el plazo realmente... no hay un plazo fijo salvo cuando se declare el expediente expedito para resolver, que son cinco días. Lo que era muy común, en un momento, era que el tribunal emitía su decreto de expedito para resolver y al día siguiente o subsiguiente lo dejaba sin efecto, volviéndose a recomputar [sic] el cálculo o el cómputo de 5 días. Claro, eso también ha pasado.
- E: ¿Esos son procesos de Provías o...?
- J: Esos son procesos de Provías.
- E: ¿Y donde, digamos, el impugnante, o al que lo había impugnado, era el que de alguna manera promovía estas situaciones?
- J: Cualquiera de los dos. Dependiendo quien tenga más fuerza.
- E: ¿Quien tenga más plata o más fuerza?
- J: Sí, sí."

Durante la fase del proceso de selección, si bien se dan una serie de actos irregulares, y es muy probable que se den actos de corrupción directos (sin que intervengan otros actores en etapas previas), lo que se ha podido advertir, como una regla, es que los procesos vienen arreglados desde que se programan, y los actores formales con más injerencia en el proceso, pero que no intervienen directamente en el mismo, establecen algunas condiciones para

que durante el proceso de selección se pueda dar lo que se ha acordado previamente.

Finalmente, durante la fase de ejecución contractual, son las áreas técnicas (usuarias) quienes tienen a su cargo la supervisión del contrato y quienes toman el manejo de los diferentes eventos que se producen durante la ejecución de la obra. Sin embargo, en esta etapa también se aprecian una serie de actores indirectos que intervienen, en muchos casos de manera informal, pero, en otros, formalizan su participación asignándose competencias que en estricto no les corresponde. Al respecto María comentó lo siguiente:

“Provías se creó con un decreto supremo, por medio del cual se indica que se va manejar por sus normas de creación, y según la norma de contrataciones, sus normas de creación están vinculadas al titular, que es el director ejecutivo. Pero resulta que, en los últimos tiempos, el ministro de Transportes ha asumido la titularidad del proyecto, no como un titular del pliego común, sino como un ejecutivo, delegando en el secretario general la aprobación de todos nuestros procesos de selección y contratación, es decir, el director ejecutivo de Provías firmaba todos los contratos pero no podía aprobar un adicional, o no podía aprobar una ampliación de plazo. Tal es así que, imagínate, esa sombra que siempre ocurre, que te habla de la corrupción en todos lados, de hecho también existe en Provías. ¿Por qué te estoy diciendo esto? Porque muchos ministros, muchos directores, distintos por cada gobierno, tenían una forma de trabajar incierta.”

De lo señalado por María se puede vislumbrar que durante la etapa de ejecución contractual existía una manipulación para algunos actos, como la aprobación de adicionales o las ampliaciones de plazo a fin de favorecer a terceros.

Otro claro ejemplo de indicios de corrupción durante la etapa de ejecución contractual se refleja en el proceso penal seguido contra funcionarios del área de Asesoría Jurídica de Provías, por haber dejado consentir una solicitud de adicional, lo cual significó que la entidad deba pagar al contratista costos adicionales y por mayores gastos generales que no correspondían. En este caso se advierte cómo, durante la ejecución contractual, los actores que tenían a su cargo el seguimiento del contrato, o alguna de las actividades derivadas de esta, como la aprobación de los adicionales y la notificación de las resoluciones correspondientes a la empresa contratista, omitían dicho acto y

dejaban consentir la solicitud de adicionales, generando un perjuicio económico para la entidad en favor del contratista. La importancia de este tema radica en que la gran mayoría de estos casos no ha sido materia de denuncia ni investigación, y muchas veces solo el azar permite que se puedan advertir.

Tradicionalmente se ha identificado a los propios funcionarios públicos, y a los representantes de las empresas que participan en los procesos de selección, como los actores formales en las redes de corrupción; sin embargo, durante la investigación se observó que, a la par de los actores antes descritos, existen otros actores no formales, cuya participación no se puede pasar por alto ya que son quienes, muchas veces, obtienen el mayor beneficio de los actos de corrupción y, por lo general, son quienes la fomentan.

3.2. Actores Informales que participan en los procesos de selección de obras

Existe otro grupo de actores que, no siendo reconocidos formalmente como partícipes en la contratación pública de obras, pueden tener algún tipo de interés, e incluso, en algunos casos, mucha incidencia en los resultados de la contratación. Estos actores no formales son los que de alguna manera obtienen el mayor beneficio del proceso de contratación y, como habíamos señalado precedentemente, fomentan o sirven de lazo dentro de la red para la ejecución de los actos de corrupción.

Dentro de los actores no formales podremos encontrar a los empresarios, políticos, abogados y lobistas (identificados como los que llevan a cabo o sirven de nexo entre los diversos actores que componen las redes de corrupción). Estos actores tienen como principal motivación la obtención de un resultado determinado a favor de un tercero, para lo cual hacen uso del poder político, económico, o de su posición privilegiada para influenciar el resultado del proceso a cambio de una retribución.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la etapa de actos preparatorios, se señala que la elaboración de los expedientes de contratación vienen

determinadas para favorecer a un contratista específico, el cual, previamente, ha coordinado con las más altas autoridades del Ministerio o del proyecto, y con quienes tiene a su cargo la definición de los perfiles y requerimientos para el contratista. Sobre el particular, María nos comenta lo siguiente:

“... pero en el tema de obras, una cosa más importante es que todos los contratistas son ejecutores de obras de carreteras. Se conoce que ese sector de empresarios son un gremio que ya saben el manejo y dicen: a mí me tocó este año cuántas obras (eso es lo que se dice). Es muy importante, también, la otra parte; la corrupción no solo es de un lado, hay el corrupto y el que corrompe. Entonces, se supone que ya los ejecutores de obra la tienen clara, nunca tienen problemas en ejecución de obra, no se han peleado, no se han apelado, salvo los nuevos que llegan a competir con los establecidos en el sector, en el mercado. Pero sí se pelean los supervisores de obra, todos los consultores de obra se pueden volver locos y se agreden unos contra otros. Esos no están agrupados. De esos hay la mayor cantidad de apelaciones, por eso tenemos muchos problemas con ellos.”

A partir de lo señalado por María, se desprende que entre los principales empresarios contratistas de obras existe un gremio o agrupación que se vinculan para definir y ponerse de acuerdo qué obra de las que convoca Provías se adjudicará cada uno, lo cual supone que la vinculación de estos grupos o gremios se da con las más altas autoridades del sector. Se estima que las decisiones que se toman respecto de qué obras se van a ejecutar en determinado año ya vienen coordinadas con estos grupos de contratistas. Esto explicaría por qué en los procesos de selección no se dan mayores problemas para la adjudicación, ya que no habría una competencia real, constituyendo esto una clara vulneración de los principios que rigen la contratación pública.

Sobre el particular, Juan, al ser preguntado sobre los actores externos (indirectos) que participan en las contrataciones de Provías, señala lo siguiente:

“Bueno, extraoficialmente y coloquialmente, está lo que se denomina el ‘club’, que es la agrupación de las principales constructoras nacionales... dentro del Ministerio se habla de ello...”

... Si hablamos de actores externos, la gesta de los proyectos no es algo prematuro ni improvisado. Los proyectos se gestan a lo largo del tiempo, y... definitivamente... se van delineando a través de la participación de

los consultores, a través de los que hacen los perfiles, las factibilidades, los expedientes técnicos. Entonces, existe una presencia bastante marcada, una presencia permanente de estas empresas dentro del negocio de la ejecución de los proyectos viales.”

La existencia del denominado “club” podría significar, para efectos del presente trabajo, el punto central de donde se generan y estructuran las redes de corrupción, por lo que se consultó a Juan sobre la vinculación de estas empresas con la Alta Dirección de Provías y del Ministerio, dándose la siguiente conversación:

“Juan (J): Yo creo que... de lo que se ha escuchado, digamos, se dicen muchas cosas... definitivamente no se escapa la participación de las empresas de este denominado “club” en el seguimiento a los proyectos desde su origen...”

Entrevistador (E): ¿Qué has escuchado?

J: En términos generales, que le hacen seguimiento al proyecto desde su concepción, desde los estudios de preinversión.

E: ¿A qué te refieres con hacer seguimiento?

J: Van delineando las soluciones, técnicas aplicables...

E: ¿Ellos van definiendo, van dando orientación, van dando instrucciones?

J: Es lo que se dice. ¿De qué forma? No me la han identificado, pero sí, es lo que se dice, que hay un seguimiento de los proyectos desde la etapa de preinversión.

E: ¿Cada proyecto nace con nombre propio o solo algunos?

J: Entiendo que sería en algunos proyectos. Entiendo que en los proyectos de mayor magnitud económica sí hay interés. En el proceso de una obra por millón y medio no creo, pero un proceso de varios millones o decenas de millones o centenas de millones, sí.”

Asimismo, se preguntó si se tenían identificadas las empresas conformantes de ese “club” y si podía mencionar algunas de ellas, obteniendo la siguiente respuesta:

“Bueno, extraoficialmente están JJC, GyM, Cosapi, las empresas constructoras líderes... extraoficialmente también se habla de las empresas constructoras brasileñas Odebrecht, Camargo Correa...”

Como se puede apreciar, en la etapa de actos preparatorios se da una conjunción de relaciones entre actores formales e informales, que evidencian que la gran corrupción en Provías no pasa por un problema de normatividad sino por el interés de grupos de poder económico que tienen la capacidad de abrir puertas y de acceder a quienes toman decisiones, lo cual ejecutan de manera articulada. En efecto, en la medida que exista mayor articulación entre los participantes de los procesos de selección de obra, mayor posibilidad de corrupción existe; y mientras menos articulación exista entre los actores, menos corrupción existe.

En lo que respecta a la fase del proceso de selección también se pueden identificar una serie de actores no formales que participan activamente, los cuales básicamente buscan dirigir la actuación del Comité Especial, quien es el encargado de conducir el proceso de selección desde la convocatoria hasta el consentimiento de la buena pro. Estos actores, por lo general, son intermediarios de otros actores formales y no formales, es decir, actúan por cuenta de otros, utilizándolos como referencia para empoderarse e intervenir en las decisiones del Comité Especial.

Sobre el particular, Juan nos describe cómo se ha dado la intervención de estos actores:

“Juan (J): La Alta Dirección, hasta hace poco, ha participado de una manera muy activa en la aprobación de los expedientes de contratación que pasaban con una revisión previa del área legal de Provías, como también en el caso de la aprobación de las bases... por manifestación de los miembros de comités, la Asesoría Legal del Ministerio de Transportes, distinta a la asesoría del Provías Nacional, solicitaban la modificación de las bases administrativas de un modo directo al comité, verbal; pese a que pasaron por la revisión previa del área legal de Provías Nacional, entonces...”

E: Digamos que esa podría ser una participación directa pero informal.

J: Sí, claro, una participación directa pero informal, tanto en la aprobación del expediente y, sobre todo, en las bases administrativas, entiendo yo dentro de un marco de participación legal o de revisión legal, pero... desconociendo el carácter de Provías como entidad y la autonomía del comité.

- E: Digamos que podríamos identificar algunos o varios actores indirectos o informales que han venido participando o actúan en los procesos de selección. ¿Qué otros actores además de la Alta Dirección?
- J: Yo identificaría, más que nada, a personas de la Alta Dirección, asesores, abogados de la Asesoría Legal del Ministerio.
- E: ¿Crees que estos asesores o directores actúan de manera independiente o con conocimiento de causa o por instrucción de sus jefes?
- J: Yo creo que nadie actúa solo, aún más cuando se trata de una participación directa no oficial.
- E: ¿Quiénes serían esos otros actores? ¿Dirías que se da una participación en cascada que viene desde arriba?
- J: Sería una presunción que puede ser materia de verificación. No obstante, es una presunción lógica.
- E: ¿Hay evidencias de esas instrucciones, de esa participación?
- J: Ante mí, directamente, no. Lo que sí ha ocurrido es que se ha hecho peticiones a los comités especiales para que modifiquen las bases.
- E: Digamos que la Alta Dirección no actúa directamente sobre la dirección de Provías sino sobre los comités.
- J: Dentro de lo que yo he visto y escuchado, sí. Al menos es lo que me han referido algunos miembros de los comités especiales.”

Como se puede apreciar, durante la etapa del proceso de selección intervienen otros actores, en este caso no tienen una participación regulada por la normativa, es más, su participación no debería darse por no ser siquiera funcionarios de Provías sino del Ministerio, pero que evidencian la intervención de actores indirectos en el desarrollo de los procesos de selección. Debe advertirse que la participación de estos actores no sería a título personal o por interés propio como único móvil, sino que básicamente actúan por encargo de terceros (tanto actores formales como informales que se desenvuelven en otro nivel), lo cual corrobora nuestra presunción de que los actos de corrupción se gestionan en etapas previas al proceso de selección; lo que no cierra la posibilidad que también sucedan actos de corrupción independientes en estas etapas del proceso por iniciativa de actores que participan directamente, como miembros del comité especial y contratistas, pero esto se da básicamente en procesos no muy significativos.

Sin embargo, esta no es la única etapa del proceso de selección en la cual intervienen otros actores diferentes al comité. En efecto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE) también lo hace durante el proceso de selección, ya sea para emitir pronunciamiento ante la solicitud de elevación de bases, a través de su Dirección de Monitoreo y Seguimiento, o para emitir resolución cuando se impugna la buena pro ante el Tribunal de Contrataciones, tal cual lo vimos en el subcapítulo anterior.

Es precisamente esta segunda intervención la que llama nuestra atención, y donde se advierte la participación de actores no formales en la decisión que toma dicho órgano. Al efecto, la competencia para decidir sobre las impugnaciones que se formulan en los procesos de selección está a cargo del Tribunal de Contrataciones del OSCE, a través de alguna de sus salas conformadas por tres vocales. Estas salas, durante la gestión de [...] como presidente del Tribunal y luego como presidente ejecutivo del OSCE, han sido motivo de muchos cuestionamientos por lo discutido de sus resoluciones, las cuales, en muchos casos, para supuestos idénticos, resolvían de manera distinta, existiendo un comentario generalizado de que existían actos irregulares en la emisión de las mismas.

Sobre la tramitación de los recursos de apelación de los procesos de Provías en el Tribunal de Contrataciones, se consultó a Juan si podría considerarse a este tribunal como un actor formal o informal que decide indirectamente sobre el resultado del proceso de selección.

“Juan (J): Definitivamente es un actor formal, legal, competente, pero no sé si immaculado.

Entrevistador (E): Yendo un poco a Provías, de los procesos de selección de Provías, este “club” del que hablabas, de empresas grandes que estaban desde la gestión de un proyecto, tú me decías que había un bajo índice de impugnaciones de los procesos que llegaban al OSCE. ¿Los procesos grandes llegaban al OSCE o no?

J: Muy pocos.

E: Y de los que llegaban al OSCE, ¿tú entiendes que este tribunal podría haber tenido una injerencia favoreciendo precisamente a estos grupos de grandes empresas?

J: De lo que se dice extraoficialmente, sí, pero no gratuita.

E: ¿Qué es lo que se dice?

J: Que han pagado. Dentro de la época de [...], de la gestión anterior del OSCE. Yo recuerdo un caso en el cual a la resolución del OSCE le siguieron tres resoluciones cambiando el sentido de la resolución.

S: ¿Como reconsideración?

J: No, como nulidades de oficio y no por el íntegro de los miembros de la sala, en voto por mayoría. No eran votos colegiados.

Casos en los que el tribunal declaraba expedito para resolver, y al día siguiente lo dejaba sin efecto, volviéndose a computar el plazo de los 5 días.

Lo señalado por Juan revela una clara participación e incidencia del Tribunal de Contrataciones en el desarrollo de los procesos de selección que califican como actos ilícitos, ya que de acuerdo al reglamento de este tribunal, para poder pronunciarse sobre la nulidad de una resolución emitida por ellos, se requiere voto unánime de los integrantes, no siendo posible que se tome la decisión por mayoría, como habría ocurrido en estos casos concretos. Este tipo de intervención escapa a la lógica de cascada que hemos mencionado anteriormente, es decir, la actuación de los miembros del tribunal no responde a un acuerdo previo entre el denominado “club” y los altos funcionarios del Ministerio de Transportes o de Provías, ya que su participación es eventual, solo en los casos que se produzca una impugnación, los que resultan raros considerando que entre los integrantes del denominado “club” existe un acuerdo para no impugnarse. A decir de Juan, esto solo se produce cuando en el proceso intervienen otros contratistas no integrantes de dicho círculo. En estos casos se produce una articulación diferente a la que hemos observado hasta este momento. Los contratistas y lobistas inmersos en los actos de corrupción deben recurrir a otros actores externos al proceso a fin de conseguir su objetivo. Es en esta instancia donde aparecen actores indirectos como abogados y tramitadores cercanos a los vocales del tribunal o a los asistentes de los vocales (quienes tienen a su cargo la formulación del proyecto de resolución), y con quienes se va a efectuar el *lobby* necesario para la obtención de un resultado determinado.

Cabe señalar que en las instancias del Tribunal de Contrataciones, cada quien actúa por interés propio, pero a favor del interés de un tercero (el contratista). En efecto, los vocales o asistentes solicitarán favores para ellos (aunque no de manera directa sino a través de terceros ajenos completamente al proceso), los lobistas y abogados actúan ofreciendo un resultado en función de sus contactos, y son estos quienes directamente o a través de terceros se interrelacionan con los asistentes o los intermediarios de los vocales a fin de concretar los actos de corrupción. Como se puede apreciar, el contratista nunca participa directamente (es decir, nunca se vincula directamente con los vocales ni con los asistentes). Toda la actuación se da a través de intermediarios.

De esta manera, se puede concluir que la participación de los actores formales como los no formales ocurre de manera acordada, no aislada, y requiere la participación de ambos para que se constituyan los actos de corrupción. Precisamente en esta vinculación o acuerdo es donde nacen las redes de corrupción, ya que los principales actores que tienen un mayor poder de intervención no participan muchas veces de manera directa sino a través de otros actores, mediante los cuales hacen conocer su interés e instrucciones sobre la manera en que se debe proceder en determinados actos. Estas relaciones son la materia de nuestro siguiente subcapítulo donde trataremos de esquematizar la participación de las redes de corrupción en cada una de las fases de la contratación pública.

3.3. Relaciones existentes entre los diversos actores que participan en las redes de corrupción

Las relaciones entre los actores que participan en la contratación de obras se dan de diferentes maneras, y de acuerdo a las entrevistas efectuadas a funcionarios actuales y ex funcionarios de Proviás Nacional, existirían por lo menos dos mecanismos: uno a nivel interno (referido a la relación de los actores al interior de la entidad) y otro a nivel externo (relacionado a la participación de los actores no formales, puede darse de manera individual o grupal y en diferentes etapas del proceso).

Sin embargo, mientras la participación de los actores formales se da por un mismo canal que involucra desde las más altas autoridades del Ministerio hasta los miembros de los comités especiales (quienes finalmente actúan bajo un mandato o instrucción clara sobre el resultado final del proceso), la participación de los actores informales se materializa mediante una participación como grupo (distribución tácita de las contrataciones entre las grandes empresas o grupos de la construcción) o mediante la participación de actores individuales con intereses específicos en cada una de las etapas de la contratación pública.

Para efectos del presente trabajo, y con el objetivo de evidenciar claramente la participación de los diversos actores, se efectuó una revisión de las etapas de la contratación pública, y se ubicó dentro de cada una de ellas a los actores formales y no formales que participan en las redes de corrupción. La descripción de la relación existente entre los actores nos permitirá ir definiendo la tipología de las redes de corrupción y la forma en que se desarrollan.

Cuadro 4. Actores que participan en la fase de actos preparatorios.

FASE DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

ACTIVIDAD	ACTORES FORMALES	ACTORES NO FORMALES
PROGRAMACIÓN: Definición de necesidades, aprobación de expedientes técnicos (estudios) y Presupuesto	<ul style="list-style-type: none"> • Director Ejecutivo • Áreas Técnicas • Órgano encargado de las contrataciones • Ministro (indirecto) • Secretario General (indirecto) 	<ul style="list-style-type: none"> • Asesores del Ministerio • Empresas constructoras (club)
FORMULACIÓN DEL PAC	<ul style="list-style-type: none"> • Órgano encargado de las contrataciones • Director Ejecutivo 	<ul style="list-style-type: none"> • Empresas Constructoras (club)
APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Órgano encargado de las contrataciones • Funcionario encargado • Secretario General (indirecto) 	<ul style="list-style-type: none"> • Asesores del Ministerio • Empresas constructoras (club)
DESIGNACIÓN DEL COMITÉ ESPECIAL	<ul style="list-style-type: none"> • Director Ejecutivo • Ministro (indirecto) • Secretario General (indirecto) 	Asesores del Ministerio
ELABORACIÓN DE BASES	<ul style="list-style-type: none"> • Comité Especial • Asesoría Legal de Proviás • Secretario General (indirecto) 	<ul style="list-style-type: none"> • Asesores del Ministerio • Asesoría Legal del Ministerio

Fuente: Elaboración propia.

En el cuadro 4 podemos apreciar los actores formales y no formales que se relacionan en esta fase para cada una de las actividades que se detallan. Así tenemos que durante la programación, que implica la determinación de las necesidades del proyecto y definición e inclusión de los proyectos (estudios) que se van a ejecutar durante un año determinado, intervienen actores formales indirectos, como el ministro o el secretario general, los cuales tendrían algún tipo de vinculación o relación con un grupo de empresas constructoras que forman parte del llamado “club”, descrito en el subcapítulo anterior. Estas altas autoridades no intervienen directamente, lo hacen a través de sus asesores y personal de confianza, quienes instruyen directamente y de manera verbal a quienes son los responsables directos (actores formales directos) de efectuar dichas actividades. Si bien no se ha podido determinar de manera fehaciente la vinculación, sí se ha podido determinar la existencia de indicios razonables, como la intervención en determinadas actividades que escapan a sus competencias y, mediante las entrevistas efectuadas, que la determinación de estas actividades no sigue un conducto regular transparente.

Por su parte, si bien la formulación del PAC es responsabilidad del órgano encargado de las contrataciones, se ha dejado entrever que el denominado “club” también tendría una participación para determinar la oportunidad o prioridad de la convocatoria de las obras. Sin embargo, es durante la formulación de los expedientes de contratación (donde se describe el perfil mínimo que debe cumplir el contratista, que involucra la experiencia mínima y niveles de contratación) donde se hace más evidente la participación y la vinculación existente entre los actores formales y los no formales, ya que es en esa etapa donde por lo general se configura el direccionamiento de una obra hacia un contratista o grupo determinado de contratistas, y si estos, de acuerdo a lo señalado en las entrevistas, ya cuentan con un acuerdo previo sobre a quién le toca la obra, el resultado es que el proceso se va a desarrollar sin impugnaciones u otros obstáculos. Efectivamente, se ha verificado que así ocurre, que en Provías no hay mayores discrepancias con los resultados de los

procesos, pese a que en las obras, por lo general, es donde existe una mayor competencia entre los postores⁸.

La misma lógica se da en la designación de los miembros del comité. Sobre el particular, tanto María como Juan han sido bastante explícitos al señalar que en la designación de los comités existe un intervencionismo indebido del Ministerio, al punto de establecer un mecanismo de designación contrario a lo que dice la norma y la estructura orgánica de Provías.

Finalmente, en la elaboración de las bases ocurre también una participación muy activa de los actores informales, como son los asesores del Ministerio, quienes, a pesar de existir un procedimiento determinado o encontrarse definida la competencia del Comité Especial como único órgano responsable de la elaboración de las bases, solicitan de manera expresa la revisión de las mismas o cambios en su contenido. Esta actividad va de la mano con la designación previa de los miembros de este comité por parte de la Alta Dirección del Ministerio, de manera que los miembros (por lo menos los designados por la Alta Dirección) acatan las instrucciones que emanan de los órganos de asesoramiento del Ministerio.

⁸ Para entender la trascendencia e importancia de lo señalado en el párrafo anterior y el por qué llama tanto la atención que no se produzcan impugnaciones en los procesos de selección de obras de Provías, corresponde precisar que en este tipo de procesos, de acuerdo a las estadísticas de impugnaciones en el OSCE, el mayor número corresponde a proceso de selección para la ejecución de obras. Resulta necesario también precisar que en este tipo de procesos, a diferencia de los procesos para la contratación de bienes y servicios, los participantes por lo general poseen mucha experiencia en el mercado y se asesoran con especialistas en contrataciones durante el desarrollo del proceso, lo que significa a la larga que la mayoría obtenga el máximo puntaje técnico. Por otro lado, en lo que respecta a la propuesta económica, la norma ha establecido solo para el caso de obras la posibilidad de presentar ofertas hasta el 90% del valor referencial, por lo que es común que todos los participantes presenten ofertas por dicho monto para asegurar el máximo puntaje. De esta manera, la definición del otorgamiento de la buena pro se da a través del sorteo, y ello motiva muchas impugnaciones relacionadas a la legalidad y veracidad de la documentación que presentan los postores.

Sin embargo, en el caso de Provías se da una situación que escapa a la regla: solo unos cuantos procesos son materia de impugnación ante el tribunal, y lo que resulta más extraño aun es que las empresas no necesariamente ofertan el tope mínimo del 90% del valor referencial; por el contrario, muchas veces ofertan montos mayores al valor referencial, considerando que el máximo permitido es hasta el 10% por encima de dicho valor.

Cuadro 5. Actores que participan en la fase del Proceso de Selección.

FASE DEL PROCESO DE SELECCIÓN

ACTIVIDAD	ACTORES FORMALES	ACTORES NO FORMALES
CONVOCATORIA Y REGISTRO DE PARTICIPANTES	•Comité Especial	
CONSULTAS Y OBSERVACIONES	•Comité Especial •OSCE	•Empresas Constructoras (club)
PRESENTACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROPUESTAS	• Comité Especial	•Asesores del Ministerio •Empresas Constructoras (club)
OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO – IMPUGNACIONES	•Comité Especial •TRIBUNAL DEL OSCE	•Abogados •Asistentes del Tribunal
FIRMA DEL CONTRATO	•Asesoría Legal de Provias •Director Ejecutivo de Provias	•Empresas Constructoras (club)

Fuente: Elaboración propia

Como puede apreciarse, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones, durante la fase del proceso de selección es el Comité Especial el que se encuentra a cargo de la conducción del proceso, el mismo que está sujeto a los procedimientos de la norma, y que de acuerdo a los entrevistados se desarrollan dentro de los parámetros normales si se considera las bases estandarizadas publicadas por el OSCE (por cuanto las condiciones irregulares se dan, por lo general, en la fase de actos preparatorios o la fase de ejecución contractual).

Sin embargo, no podemos dejar pasar los hechos que se dan en el Tribunal de Contrataciones cuando se pronuncia con ocasión de las impugnaciones que se dan en el proceso. Es conocido que, en muchos casos, el Tribunal de Contrataciones no se ha caracterizado precisamente por su transparencia, y en el caso de Provias no ha sido la excepción, tal como se ha corroborado a partir de las entrevistas realizadas.

En efecto, se ha podido verificar que el Tribunal del OSCE hacía evidente su participación indebida para favorecer a determinados contratistas, interviniendo en la resolución que emitían, llegando a cambiar muchas veces su criterio cuando ello no está permitido. Sobre el particular, la Ley de Contrataciones solo permite que se declare la nulidad de la resolución emitida en un proceso impugnativo cuando se advierta algún vicio en el procesamiento del recurso,

para lo cual se requiere el voto colegiado de la sala que emitió la resolución, es decir, el voto unánime de todos sus integrantes. Sin embargo, ello no se ha respetado, existiendo casos en los que este tribunal ha vulnerado abiertamente el debido proceso.

Por su parte, en lo que respecta a la fase de ejecución contractual, la participación de los diversos actores se da principalmente en los actos señalados en el cuadro 6.

Cuadro 6. Actores que participan en la fase de la Ejecución Contractual

FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

ACTIVIDAD	ACTORES FORMALES	ACTORES NO FORMALES
ADICIONALES Y REDUCCIONES	<ul style="list-style-type: none"> •Supervisión •Órgano encargado de las contrataciones •Asesoría legal •Alta Dirección 	Empresas constructoras (club)
AMPLIACIONES DE PLAZO Y PRÓRROGAS	<ul style="list-style-type: none"> •Supervisión •Órgano encargado de las contrataciones •Asesoría legal •Alta Dirección 	Empresas constructoras (club)
PENALIDADES	<ul style="list-style-type: none"> •Supervisión •Órgano encargado de las contrataciones •Asesoría legal 	Empresas constructoras (club)
RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	<ul style="list-style-type: none"> •Asesoría Legal de Provias •Director Ejecutivo de Provias 	Empresas constructoras (club)
LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO	<ul style="list-style-type: none"> •Supervisión •Órgano encargado de las contrataciones •Asesoría legal 	Empresas constructoras (club)

Fuente: Elaboración propia

Durante la ejecución contractual de una obra es común la solicitud del contratista para la ejecución de obras adicionales no previstas, sustentadas en una necesidad de suplir alguna deficiencia en el expediente o salvar un problema derivado de la ejecución misma. Estas solicitudes dan lugar a la generación de espacios de negociación entre los funcionarios de la entidad (en especial quienes toman las decisiones) y los representantes legales de las empresas contratistas. Muchas veces estos espacios de negociación se institucionalizan y se vuelven cotidianos, al punto que se asumen como necesarios para llevar a cabo una adecuada ejecución de la obra, y, en efecto,

ello permitiría una adecuada gestión si es que no se hubiera institucionalizado, también, el acto de otorgar o conceder la ejecución de adicionales como mecanismo para incrementar los costos de la obra o compensar las deficiencias de las áreas técnicas encargadas de la elaboración y/o aprobación de los expedientes técnicos iniciales. Para lograr este objetivo, participan funcionarios de la Alta Dirección como de los órganos encargados de las contrataciones, quienes a veces aprueban adicionales innecesarios o sobrevaluados, que conllevan a la ampliación del plazo de las obras y, por consiguiente, al pago de mayores gastos generales a favor de los contratistas.

3.4. Tipos de redes de corrupción

El fenómeno de la corrupción no solo debe verse desde el lado de los funcionarios, ya que se requiere necesariamente de un tercero (ajeno al Estado) que se favorece con el acto y por lo cual está dispuesto a dar “algo” al funcionario (Durand, Francisco; 2005). Ello nos devela que la corrupción no se debe observar como casos aislados o como participaciones independientes, sobre todo en el caso de la gran corrupción, donde lo que está de por medio es el perjuicio al Estado por cientos de miles o millones de soles, y donde necesariamente se requiere la intervención de una serie de actores confabulados con un objetivo ilícito o no ético.

La participación de terceros ajenos al Estado en los actos de corrupción supone algún tipo de vinculación, pudiendo ser esta directa (mediante la participación de terceros que se relacionan directamente con aquellos bajo cuya responsabilidad se encuentra la ejecución de determinadas actividades) o indirecta (mediante la intervención de los altos funcionarios quienes imparten instrucciones a los encargados de realizar las actividades, y mediante la participación de intermediarios lobistas que interceden entre los altos funcionarios y los grandes grupos empresariales), en diversas fases del proceso de contratación pública, mediante la obtención de información privilegiada o mediante el acuerdo de salir favorecido en la adjudicación. Podríamos hallar, a partir de ello, vinculaciones y actuaciones claramente

tipificadas y algunas otras no tipificadas, considerando que “muchos actos corruptos no son necesariamente contrarios al ordenamiento jurídico, sino más bien se sirven de éste para obtener beneficios privados, a veces porque la ley tiene lagunas y portillos que así lo permiten, o incluso porque alguna ley ha sido creada específicamente con el fin de obtener un beneficio privado” (Artavia; 2008). Lo cierto es que estas vinculaciones se dan de manera reiterada y en muchos casos actúan los mismos actores, por lo menos los que se ubican en el lado de la entidad, pero no constituyen una mafia con una organización definida y permanente, y no hay una estructura de mando regida por ciertos códigos respetados por todos los integrantes.

Tampoco actúan como si fuera un cartel, que requiere de una forma de organización compleja, con planificación y estrategias de acción y toma de decisiones conjuntas para cometer crímenes (Mujica, 2011; en revista Relaciones, estudios de historia y sociedad, pág. 112). En efecto, si bien en el denominado “club” existen ciertos acuerdos tácitos para participar en los procesos de selección que convoca Provías, ello no supone una organización con estrategias de acción únicas, o que las decisiones que tomen sean consultadas, ni constituye una organización estable; simplemente es una forma de ejercer el poder mediante el uso de las relaciones sociales, amicales o hasta familiares.

En este orden de ideas, si bien los actores pueden cambiar de acuerdo a las circunstancias, de la descripción efectuada por los entrevistados podríamos adelantar que hay una tendencia a la permanencia de los actores internos y también hay cierta recurrencia de los actores externos. Esta permanencia ha significado que los funcionarios que participan de estos actos irregulares adquieran niveles importantes de especialización. La interacción que se da entre los actores supone un acuerdo determinado para un objetivo inmediato (obtener la buena pro de un proceso), luego de lo cual desaparece cualquier tipo de vinculación entre los actores (sin perjuicio de que en otras circunstancias puedan a volver a relacionarse).

VI. Capítulo 4: Tipología de la corrupción en los procesos de selección de obras de Provías e injerencia de los actores

Este capítulo culmina el presente estudio describiendo los tipos de actos de corrupción que se ponen en práctica en los procesos de selección de obras públicas en Provías Nacional por los actores, formales o informales, que conforman las redes de corrupción descritas en el Capítulo 3 y que violentan los procedimientos formales determinados en la normativa.

Como puede apreciarse del párrafo precedente, este capítulo guarda estrecha relación con el sub objetivo 3 de la tesis, y se divide en dos subcapítulos que resaltan la existencia de determinados tipos de actos de corrupción que no se encuentran tipificados y que, por ello, muchas veces quedan sin ser sancionados.

Estos actos de corrupción, que van desde sobornos y dadas hasta tráfico de influencias, falsificación de documentos, entre otros, son los que hacen que se catalogue al Sistema de Contrataciones como ineficiente; sin embargo, a lo largo del presente trabajo hemos podido apreciar cómo dicha presunción puede resultar excesiva, considerando que la mayor parte de los actos de corrupción no se dan necesariamente en el transcurso de los procesos de selección sino en las fases previas y posteriores al mismo, y que su existencia por lo general responde más a las personas y no al sistema en sí, ni a una deficiencia normativa.

El tipo de acto dependerá de los actores, aunque no siempre los actores actúan de la misma manera, siendo que en la mayoría de las veces los actos que consideramos poco éticos o corruptos se dan sin que se vulnere la normativa en materia de contratación pública, es decir, adolecen de tipificación, pero ello no debería eximirlos de sanción. En el presente capítulo trataremos de efectuar una clasificación de los actos de corrupción típicos o tipificados y de aquellos que son atípicos.

La corrupción articulada, la que se produce a través de redes de contactos, agrupación de interesados y de acciones en cascada dentro de Provías, es la que nos interesa. Este tipo de corrupción dista de ser torpe, es decir, actúa de manera organizada y no se hace explícita, por lo que difícilmente podrá ser demostrada para efectos de los actos tipificados en nuestro código penal. De esta manera seguiremos la misma metodología empleada en capítulos anteriores, a fin de mostrar las relaciones que se dan entre los diversos actores que participan en cada una de las fases de la contratación pública, y trataremos de tipificar las mismas en algunos de los supuestos descritos a continuación.

Tipificación de los actos de corrupción en torno a los procesos de selección de obras públicas.

Si consideramos la corrupción como aquellos actos que involucran el abuso de un cargo público en beneficio privado (Zegarra, 1999), a fin de tipificar un acto como tal debemos analizar sus elementos. Al respecto, Kindhäuser (2007) ha señalado que la corrupción tiene tres elementos, a saber: En primer lugar “requiere de una relación trilateral, donde a una persona se le debe haber confiado la tarea de actuar en interés de un tercero”, además se requiere que el encargado pueda tomar decisiones y una persona que pueda otorgar una ventaja. En segundo lugar, “el concepto de ventaja no se refiere necesariamente a un beneficio financiero, sino todo aquello que pueda motivar a un ser humano”. Y en tercer lugar, “el otorgamiento de la ventaja debe estar referido a una posición de deber del encargado”.

Dicho ello, observamos que durante las diversas fases de la contratación pública se dan algunos actos contrarios a la normativa o a los principios que la rigen, y que cumplen con los tres elementos antes señalados, los mismos que podrían ser tipificados como actos de corrupción. Así, por ejemplo, en las etapas de formulación de los requerimientos y definición del expediente técnico de una obra se producen una serie de relaciones entre actores interesados (funcionarios y particulares) que buscan orientar la contratación a favor de un tercero, o que buscan el establecimiento de requerimientos que si bien podrían

ser objetivos, condicionan la libre participación de postores (como la exigencia de niveles de experiencia que, en estricto, no guardan relación con la naturaleza o complejidad de la obra a ejecutar), tales como la omisión deliberada de especificaciones técnicas que posteriormente son requeridas como adicionales de obras.

Sobre el particular, la normativa de contrataciones contempla una serie de principios que deberían regir la actuación de los funcionarios y de todos los que participan en los procesos de contratación pública. Así tenemos el Principio de Moralidad, por el cual todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades deben sujetarse a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad, es decir, persigue una actuación ética de los actores. Este se complementa con el Principio de Transparencia, que supone que toda contratación debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, y el Principio de Trato Justo e Igualitario, por el cual los postores en un proceso deben tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas. Sin embargo, la realidad nos dice que en la contratación pública muchos actores hacen caso omiso de estos principios y su actuación, por el contrario, se aleja de los mismos, afectando los intereses del Estado.

Los actos ilegales y actuaciones indebidas de los funcionarios públicos y los privados en beneficio de terceros ha obligado a establecer medidas de control y castigo para quienes actúen al margen de la ley. Se ha establecido una rigurosa (a veces excesiva) regulación en materia de contratación pública, así como la inclusión de tipos penales específicos que describan las actividades ilícitas que efectúan o pudieran efectuar estos actores. De esta manera, la regulación ha considerado necesario establecer sanciones ejemplares para quienes en ejercicio y abuso de sus funciones infrinjan la norma, siendo que en el transcurrir del tiempo las penas se han ido incrementando a fin de generar un real desincentivo.

A la medida que se han incrementado los casos en los cuales se han producido actos de corrupción vinculados a la contratación pública, el legislador se ha visto en la necesidad de ajustar o incrementar los tipos penales existentes, prueba de ello es el artículo 384 del Código Penal, el cual regula el delito de colusión que a la letra señala:

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”

Sin embargo, dicha tipificación, expresa para los procesos de contratación pública, no resulta suficiente para describir todos los tipos de actos de corrupción que suceden en la contratación de obras, ya que dicha disposición considera como único sujeto de la sanción al funcionario público. Como hemos señalado existe una multiplicidad de situaciones que no necesariamente encajan en el tipo penal descrito, pero que sí constituyen delitos contra la administración pública y han sido tipificados penalmente, tales como los delitos de concusión, cobro indebido, cohecho (en sus diversas formas), la negociación incompatible, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito, entre otros que se detallan a continuación:

DELITOS	ACTORES FORMALES	ACTORES INFORMALES	PENA
Colusión simple y agravada	X		3 a 6 años
	X		6 a 15 años
Concusión	X		2 a 8 años
Cobro indebido	X		1 a 4 años
Cohecho pasivo propio	X		5 a 8 años
Cohecho pasivo impropio	X		5 a 8 años
Cohecho pasivo específico	X		365 a 700 días multa
Cohecho activo genérico		X	4 a 6 años
Cohecho activo específico		X	5 a 8 años
Negociación incompatible	X		4 a 6 años
Tráfico de influencias		X	4 a 8 años
Enriquecimiento ilícito	X		5 a 10 años
			8 a 18 años

Como puede apreciarse del presente listado, la mayor parte de los delitos tipificados tiene como sujeto del delito, y por ende de la sanción, al funcionario público, el cual es un actor formal dentro de la contratación pública de obras. Solo tres delitos contemplan la posibilidad de sancionar a los terceros (actores informales) que, en estricto, son quienes fomentan y solventan la corrupción en

el sector público. Esto nos da una clara muestra de que en temas de delitos de corrupción contra la administración pública los verdaderos actores que la fomentan, y tienen una mayor injerencia en que esta ocurra, también son los que tienen mayor posibilidad de disfrazar su actuación mediante actos no tipificados.

A la par de estos delitos se dan una serie de actos que no se encuentran tipificados, pero que no deben pasarse por alto porque constituyen también actos irregulares o fuera de la ética que deben ser observados. Así, por ejemplo, al preguntarle a Juan por los actos irregulares y la forma en que se dan, nos señaló lo siguiente:

“Juan: Yo te diría que, si se da una situación irregular, se da fuera del manejo legal del proceso... la corrupción no es torpe... o sea, digamos... la corrupción muchas veces puede implicar un manejo correcto de la ley... no se caracteriza por ser torpe. Entonces... con lo cual la irregularidad no está en el manejo administrativo del proceso.

Entrevistador: ¿Y dónde está? ¿Dónde identificarías la corrupción?

Juan: Definitivamente si queremos saber... como en todo proceso de contratación general, los niveles de intervención extraoficial se dan en el manejo del expediente de contratación y, definitivamente, en la gestión de los contratos. El proceso es tan solo un medio. Un medio para llegar a lo que quieres llegar.”

Como puede apreciarse, se estaría identificando que existen actos irregulares que superan el tema administrativo y normativo y que no son sancionados por falta de una tipificación expresa, pero que no dejan de ser actos irregulares. Cabe precisar que los ilícitos penales y actos irregulares o fuera de la ética se dan durante las tres fases de la contratación pública, por ejemplo, al momento de la definición del expediente de contratación suele suceder que se incorporan requisitos o descripciones de metodologías que solo pueden ser cumplidas por determinados contratistas. Sobre el particular Juan señala lo siguiente:

“Juan: La Alta Dirección, hasta hace poco, ha participado de una manera muy activa en la aprobación de los expedientes de contratación que pasaban con una revisión previa del área legal de Provías. Como también en el caso de la aprobación de las bases...”

... por manifestación de los miembros de comités, la Asesoría Legal del Ministerio de Transportes, distinta a la asesoría de Provías Nacional, solicitaban la modificación de las bases administrativas de un modo directo, verbal, al comité, pese a que pasaron por la revisión previa del área legal de Provías Nacional.

E: ¿Esa podría ser una participación directa pero informal?

J: Sí, claro, una participación directa pero informal, tanto en la aprobación del expediente y, sobre todo, en las bases administrativas, entiendo yo dentro de un marco de participación legal o de revisión legal, pero... desconociendo el carácter de Provías como entidad y la autonomía del Comité.”

Este accionar de la Alta Dirección es una clara muestra de cómo durante la fase previa al proceso de selección se dan acciones que, si bien no están tipificadas en la normativa y que podrían pasar como parte de la potestad de supervisión de la Alta Dirección del Ministerio, esconde en el fondo un interés distinto, el de controlar y direccionar el proceso de selección desde un inicio. Esta intervención irregular y disfrazada no se limita a la formulación del expediente de contratación, sino que evidencia una clara intención de asegurar dicho esfuerzo mediante la designación de los miembros del Comité Especial, con la clara instrucción de incorporar disposiciones que favorezcan a un determinado postor (pese que en estricto dicha función no es competencia del Ministro o su Alta Dirección, sino que debería corresponderle al Director Ejecutivo de Provías).

“En algún momento la Alta Dirección dispuso que su abogados participen, como parte de los comités especiales, de los procesos de Provías, entonces lo que ha ocurrido en el tiempo es que ha habido una mayor intervención de la Alta Dirección en la conformación de los miembros y en la designación de estos como parte de los comités especiales.

...

La participación de la Alta Dirección, como te comento, generó muchas dudas al principio. Una motivación concreta no podría decirlo ahora, pero sí daba lugar a apreciaciones contrarias a esa decisión de la Alta Dirección, porque si Provías es una entidad, no tenía porque el Ministerio, como unidad ejecutora propiamente dicha, intervenir en la decisiones de Provías Nacional, que es un Proyecto Especial creado por decreto supremo y con el carácter de autonomía suficiente para todos los efectos.”

Pasando a la fase del proceso de selección, también se dan una serie de situaciones que, sin vulnerar el procedimiento formal, afectan el desarrollo transparente del proceso, como los casos en que el Comité de Selección se pone de acuerdo con alguno de los participantes para que, a través de la absolución de las consultas, establezca “precisiones” innecesarias, que en la práctica direccionan la contratación hacia dicho participante, o que restringen abiertamente la libre competencia y libre competencia. En la etapa de absolución de observaciones se advierte una mayor incidencia de los actos de corrupción, por cuanto en esta etapa se pueden efectuar modificaciones a las bases (tanto al expediente técnico, valor referencial, plazos y otros), precisiones, etc., las mismas que pueden significar limitaciones y direccionamientos hacia un proveedor o hacia una marca determinada.

En relación a los actos no tipificados, debemos tener en cuenta el nivel de especialización que han logrado algunos operadores logísticos y funcionarios de las entidades en el manejo de los procesos de selección de obras, lo cual les permite establecer procedimientos que, sin llegar a ser ilegales, desvirtúan el sentido de la norma mediante el establecimiento de requisitos que limitan la mayor participación de postores o la dirigen a un postor determinado. De esta manera, solo el conocimiento profundo de los procedimientos formales nos permitirá advertir los actos ilegales, tipificados o no tipificados, que vulneran el principio de transparencia y de libre competencia que debe regir en todo proceso y que dan lugar a la corrupción.

De esta manera, en lo que se refiere a la fase de actos preparatorios hemos señalado que existen indicios razonables de la vinculación existente entre la Alta Dirección del Ministerio de Transportes, la Dirección Ejecutiva de Provías y los grandes contratistas de obras agrupados en lo que se denomina el “club”, dado que de otra manera no se explica la participación activa de la Alta Dirección en beneficio de este grupo económico mediante la intervención de funcionarios de confianza, que actúan para definir perfiles o requerimientos

tanto en el expediente técnico como en las bases, y efectúan un seguimiento a los procesos a fin de asegurar el resultado.

Este tipo de actos supondría una concertación o acuerdo para beneficiar a un tercero, según lo dispuesto en el artículo 384 del Código Penal, pero no queda claro si es que existe en estricto una “defraudación patrimonial” al Estado, como tipifica dicha norma, ya que el contratista beneficiado participará de un proceso formal y ejecutará la obra considerando, probablemente, los mismos márgenes de utilidad que habría obtenido cualquier tercero que pudiera haber sido adjudicado. En este sentido, la probanza de la defraudación patrimonial hacia el Estado será una cuestión que posiblemente jamás se podría demostrar, y por ende no se configuraría la comisión del delito de colusión tal cual se encuentra tipificado, pero si queda clara la existencia de actos no acordes con la moral y le ética.

En efecto, de acuerdo a la información obtenida de los entrevistados, resultaría sencillo establecer que la designación de los miembros de los comités especiales contiene un interés específico de la Alta Dirección del Ministerio, ya que no deberían intervenir al ser esto una función propia de la Dirección Ejecutiva de Provías. Sin embargo, la tarea se centrará en establecer que dicho interés corresponde en realidad a uno de naturaleza propia o de un tercero, y no a la de establecer mejoras para optimizar los procedimientos de contrataciones. Pero no queda clara la intención o el beneficio que obtienen los funcionarios a este nivel, dado que la motivación podría variar. En algunos casos podría tratarse de un interés económico (perciben dinero por lograr el objetivo) o un intercambio de favores, o simplemente por un tema de relaciones amicales o de parentesco, siendo que los actores indirectos que intermedian y ejecutan las disposiciones de los actores con mayor jerarquía podrían no percibir emolumento alguno, salvo las gracias y confianza de quienes se lo encargan. En efecto, María nos trae a colación un caso en el cual el viceministro intervino en la contratación de una empresa en la que su hija era la representante legal, oponiéndose a que se declare la nulidad del contrato al verificarse la vinculación, tal como se reproduce a continuación.

“Entrevistador (E): Pero te acuerdas alguna historia...

María (M): El de la nulidad del Viceministro... esos eran consultores que hacían expedientes técnicos, entonces había una empresa que era la del Viceministro... y como loco querían que ganara...había gente que se había designado.... Nosotros, como Legal, revisamos el proceso de selección y declaramos la nulidad del proceso.

E: ¿Pero se había otorgado la buena pro?

M: Claro, se había otorgado la buena pro a la empresa que era del Viceministro y descubrimos que había un grado de parentesco entre el Viceministro y la representante legal... inclusive con porcentajes de participación en la empresa...

E: Ese es un tema de nepotismo y de evidente impedimento de acuerdo a la Ley de Contrataciones.

M: De impedimento de la Ley de Contrataciones, tan claro como el agua con solo sacar... la única y suficiente prueba que tú tenías era la impresión de la RENIEC... era su pariente, entiendes, su hija... entonces creo que esa ha sido la mayor corrupción que he podido ver...”

En el ejemplo que presenta María se aprecia que el móvil era el parentesco, donde probablemente no existía una motivación económica directa, pero igual se pretendía cometer un delito no calificado como corrupción, sino como un impedimento para contratar con el Estado, pero que igual implica la vulneración de las normas éticas, donde existe un acuerdo previo al proceso para favorecer de manera concreta a un tercero, y el accionar de los altos funcionarios orienta o define el derrotero del proceso para que se consiga dicho fin.

Por otro lado, en lo que corresponde a la intervención de los diversos actores, debe tenerse presente también, para efectos de la tipificación, la participación de los actores externos, por lo que se debe recurrir al tipo penal correspondiente a fin de sancionar su participación, dado que el Código Penal, como señalamos anteriormente, distingue los tipos y las sanciones en función al sujeto activo del delito. Al respecto, el artículo 337 del Código Penal regula el Cohecho Activo Genérico, el cual establece lo siguiente:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus

obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.”

La norma señalada parte del supuesto que el privado debe ofrecer, dar o prometer al funcionario un donativo, promesa, ventaja o beneficio; sin embargo, además de la dificultad que podría significar la carga probatoria, la norma no contempla los supuestos en que los altos funcionarios de Provías pudieran actuar por motivos distintos a los señalados, en atención a relaciones amicales o familiares, sin recibir donativo, promesa, ventaja o beneficio alguno aparente. Este accionar, si bien no se encontraría tipificado, constituye un acto que atenta contra la ética y contra el adecuado accionar de un funcionario público.

De otro lado, la participación de los actores formales indirectos (funcionarios de Provías) en la determinación de las especificaciones técnicas y perfiles de los contratistas en las bases puede darse por encargo directo de terceros, percibiendo por ello también algún tipo de beneficio, o simplemente por el encargo que reciben del jerárquico superior con quien desean congraciarse o a quien le deben el puesto, pudiendo ser esta una manera de retribuir un favor previo. En el primer caso podríamos estar ante lo que se tipifica como Cohecho Pasivo Propio (artículo 393 del Código Penal) el cual se define de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

De acuerdo a la norma, para cumplir con la tipificación adecuada, el funcionario debería actuar en violación de sus obligaciones o haber faltado a ellas, lo que podría considerarse así en la medida que se determine que el funcionario no tenía competencia para definir o intervenir en la definición de las especificaciones técnicas; sin embargo, en los casos descritos de Provías concurre el hecho que, bajo el supuesto o argumento de efectuarse una adecuada supervisión de los procesos, se justifica la intervención de actores cuya participación, en estricto, resulta innecesaria y no se encuentra prevista en la normativa. También hay que considerar lo difícil que resulta probar que efectivamente se ha recibido algún tipo de beneficio de parte de los terceros interesados. En el caso que estos actores actúen por encargo de otros actores formales de más alto nivel, y no perciban un beneficio directo, ventaja o donativo de terceros, estaríamos fuera del supuesto tipificado, aun cuando en estricto sabemos que el accionar de un funcionario público honesto no se adecua a este tipo de actuaciones.

Otro claro ejemplo de corrupción de los actores en el proceso de selección se da cuando el Comité Especial, sin salir del marco normativo procedimental, establece disposiciones que pueden favorecer a determinado contratista o grupo de contratistas a cambio de una retribución, soborno, favor o promesa, o por mandato y coordinación directa de otros actores de mayor nivel dentro de la institución. En Provías, estos casos se han evidenciado a partir de lo señalado por los entrevistados, quienes han dado claro ejemplo del accionar de la Alta Dirección a fin de intervenir en la designación de los miembros del Comité Especial. Este accionar del Comité Especial podría calificarse como delito de cohecho pasivo propio en cualquiera de sus tres modalidades, según lo detallado en párrafos precedentes; sin embargo, al igual que en los otros supuestos, la tipificación resulta insuficiente cuando los miembros del Comité Especial no actúan por un interés propio y no reciben favor o beneficio alguno.

Como se puede apreciar, los diversos actores que participan en los procesos de contrataciones de obras públicas pueden tener una actuación acorde a lo dispuesto en la normativa en materia de contratación pública y demás normas especiales, lo que no significa que dicha actuación se encuentre acorde con la ética y los principios de la actuación pública. En efecto, muchos de los actos que realizan los funcionarios públicos de Provías, a todos los niveles, durante el proceso de contratación de obras públicas, se encuentran direccionados a favorecer a un determinado postor a cambio de favores, sobornos, beneficios o promesas. Pero gracias a los niveles de especialización alcanzados por estos actores, y la articulación adecuada que generan con los terceros interesados, logran disfrazarlos dentro de las formalidades del proceso de selección.

Es un hecho que este enjambre de situaciones corruptas no podría existir sin actores que las viabilicen, ya sea mediante su participación directa o indirecta. Como consecuencia de la articulación existente entre ellos, se generan redes de corrupción que operan sistemáticamente y que, si bien tienen ciertos niveles de coordinación, no alcanzan niveles de organización estructuradas, de manera que los actores que integran éstas redes pueden aparecer o desaparecer de acuerdo a las circunstancias. Quienes pretendan estudiar la manera de solucionar el problema de la corrupción deben tomar en cuenta la necesidad de repensar el fenómeno en función a los actores y no solo en función a la necesidad de regular los procedimientos. Las modificaciones normativas no van a evitar la corrupción, ya que estamos ante un problema social.

Se ha evidenciado que los problemas de corrupción en los procesos de contratación de obras públicas en Provías no se originan por deficiencias normativas; por el contrario, existe una sobre regulación de los procedimientos, los cuales son respetados incluso por las redes de actores que participan en los actos de corrupción. Es la participación articulada de los diversos actores lo que permite que se vulnere la norma. Por ello, la tipificación de los tipos de corrupción siempre va a ser limitada frente a las formas en que los actores pueden articularse para obtener un beneficio ilegal o poco ético.

CONCLUSIONES

El fenómeno de la corrupción ha sido estudiado desde diversos enfoques como el económico, institucional, normativo o social. Para los fines de este trabajo se adoptó este último enfoque porque ve la corrupción como un fenómeno social en el que los actores tienen un papel preponderante y que se produce en ámbitos sociales determinados y ante distintos incentivos, siendo la contratación pública el área de la administración estatal donde se presentan graves problemas de conducta moral, por lo que la descripción de las actividades de los actores formales e informales que participan en la contratación pública de obras en Provías nos permite esbozar las siguientes conclusiones:

1. Los procedimientos para la contratación de obras públicas se encuentran claramente definidos en la normativa, la cual detalla expresamente los pasos a seguir en cada una de las etapas del proceso; sin embargo, los operadores de la norma se las han ingeniado para establecer procedimientos que desvirtúan el sentido de la norma, ya sea de manera formal, mediante el establecimiento de requisitos innecesarios que limitan la libre participación de postores o la dirigen a un postor determinado, o mediante formas ilegales tipificadas y no tipificadas.

Es un hecho que los problemas de corrupción en los procesos de contratación de obras públicas en Provías no se originan por deficiencias normativas, ya que, por el contrario, los procedimientos previstos son respetados por las redes de actores que participan en los actos de corrupción.

Asimismo, queda claro que los actos de corrupción que se dan en la contratación pública no ocurren solamente durante la etapa del proceso de selección; es más, en su mayoría se configuran en la fase de actos preparatorios, donde la intervención es indirecta, y se amplían durante la fase de ejecución contractual, donde la participación es más bien directa.

2. El trabajo de campo ha permitido verificar que en los procesos de contrataciones de obras públicas en Provías participan una serie de actores que podemos agrupar, según se encuentre prevista su participación en la normativa, en formales e informales, y, según su grado de participación, en actores directos e indirectos. Las prácticas corruptas que se dan en Provías se producen por la interacción de los diversos actores quienes se vinculan a través de estructuras definidas pero que pueden variar según su participación en cada una de las fases.

Es un hecho que existen niveles de articulación entre los diversos actores que generan redes de corrupción, las cuales operan sistemáticamente, y que si bien tienen ciertos niveles de coordinación, no alcanzan niveles de organización estructuradas, de manera que los actores que integran éstas redes pueden aparecer o desaparecer de acuerdo a las circunstancias, por lo que no se puede afirmar que exista una red organizada o mafia dentro de PROVIAS.

3. Los tipos de actos de corrupción que se dan en Provías van desde sobornos y dádivas hasta tráfico de influencias; sin embargo, el fenómeno de la corrupción va más allá de las disposiciones normativas y tipologías reguladas. En efecto, los actos de corrupción que se producen en Provías muchas veces no se encuentran tipificados en la normativa, pero igual constituyen actos de transgresión a la ética pública. La especialización alcanzada por algunos de los actores que participan directamente en las diversas fases de la contratación pública permite que se materialicen este tipo de actos.

Los tipos de actos de corrupción están dados, básicamente, por la motivación y la manera en que intervienen los actores en el proceso de contratación de obras, pudiendo tener estímulos de carácter patrimonial, amical o de parentesco; sin embargo, los actores no siempre intervienen de la misma manera, ni con las mismas motivaciones, por lo que su participación deberá analizarse en cada caso concreto.

4. En los procesos de contratación de obras públicas en Provías Nacional, en el periodo 2005 - 2010, existía una red de corrupción establecida sobre la base de las relaciones que se daban entre los actores formales e informales que intervenían en las diversas fases de la contratación, en participación directa o indirecta. En muchos casos, dicha participación era contraria a la ética y al respeto de los bienes públicos, pero no ha podido ser tipificada dentro del marco normativo, lo que no significa que no deban considerarse como actos ilegales.

Quienes intervienen en los actos de corrupción pueden tener diversas motivaciones, pero, en todos los casos, la motivación es contraria al orden público. Asimismo, dicha participación es circunstancial y, si bien existe cierto nivel de articulación entre los actores, no se puede concluir que se trate de una organización estructurada ya que los actores no siempre intervienen de la misma manera, ni con las mismas motivaciones, por lo que su participación deberá analizarse en cada caso concreto

Finalmente, cualquier esfuerzo por tipificar los actos de corrupción o mejorar la regulación de los procedimientos de contrataciones de obras en Provías Nacional no dará solución al tema de la corrupción en tanto el problema involucre el accionar de las personas que tienen a su cargo la ejecución de los procedimientos de contratación de obras, por lo que los investigadores que pretendan dar una solución al tema deberán considerar la participación de los actores.

IV. Bibliografía

Artavia, Fernando

2008 Decisiones Públicas, Beneficios Privados. *Consideraciones teóricas en torno a la corrupción*. Costa Rica. En: Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica.

Banco Mundial

1997 *Helping Countries Combat Corruption: The role of the World Bank*. Washington: World Bank

Bukovansky, Mlada

2002 *Corruption is bad: Normative Dimensions of the Anticorruption Movement*. Canberra, Australian National University.

Campos, Christian

2007 Contratación Pública y Corrupción. *Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa*. En: revista de Ciencias Jurídicas N° 112.

Dromi, José Roberto

2006 Licitación Pública, Lima: Gaceta Jurídica.

Gorbaneff, Yuri; y Cabarcas, Gina

2009 Equilibrio Económico y la Contratación Pública en Colombia, Barranquilla. En: Revista de Derecho N° 31, Universidad del Norte.

Harrison, Elizabeth

2004 “*The Cancer of Corruption*”. En Italo Pardo (ed) *Between Morality and the Law. Corruption, Anthropology and Comparative Society*. Aldershot: Ashgate.

Hodgson, Geoffrey; y Jiang, Shuxia

2008 La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: *una perspectiva institucionalista*. En: Revista de Economía Institucional, vol. 10, N° 18. Tomado del *Journal of Economics Issues* 41, 4, 2007.

Huber, Ludwig

2008 Romper la mano. Una interpretación cultural de la corrupción. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Kaufmann, Daniel

1997 *Corruption: The Facts*, en Foreign Policy N° 107.

Kindhäuser, Urs

2007 “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán”. Alemania. En: Política Criminal. N° 03.

Morales, Mauricio

2009 Corrupción y democracia. *América Latina en perspectiva comparada*. Santiago de Chile. En: Gestión y Política Pública. Volumen XVIII. Número 2. II semestre. Universidad Diego Portales.

Mujica, Jaris

2011 Micropolíticas de la Corrupción. Redes de poder y corrupción en el palacio de justicia. Lima. Asamblea Nacional de Rectores. Instituto de Estudios Universitarios.

Peña, Saúl

2005 Psicoanálisis de la corrupción. Lima: Peisa.

Portocarrero, Felipe (Editor)

2005 El Pacto Infame: *Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima:
Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú.

Romero, Jorge

2009 Contratación administrativa electrónica en América Latina. Costa
Rica. En: Revista de Ciencias Jurídicas N° 121

Rose-Ackerman, Susan

2001 La corrupción y los gobiernos: *causas, consecuencias y reforma*.
Madrid: Siglo Veintiuno.

Zegarra, Luis

1999 Causas y consecuencias económicas de la corrupción: *un análisis
teórico y empírico*. Lima: Centro de Investigaciones de la
Universidad del Pacífico.