

Adquisiciones Públicas en los Estados Unidos*

WAYNE A. WITTIG

Asesor Senior para las Adquisiciones Públicas, International Trade Center
UNCTAD/WTO, Ginebra, wittig@intracen.org.

* Este trabajo fue preparado por el Centro de Comercio Internacional (CCI) de UNCTAD/WTO en respuesta a una solicitud formulada por el gobierno de Chile para apoyar al Centro de Estudios Públicos. El CEP agradece el apoyo prestado por el Sr. Claudio Orrego L., secretario ejecutivo del Comité Interministerial para la Modernización de la Gestión Pública durante 1994-99, al patrocinar esta solicitud.

El autor fue Subadministrador Asociado en la Oficina de Políticas sobre Contrataciones Federales (*Office of Federal Procurement Policy*) en la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget*). En 1993 encabezó un equipo de expertos en contrataciones en la Revisión Nacional del Rendimiento (*National Performance Review* –NPR) que recomendó métodos para mejorar el sistema norteamericano de contrataciones públicas. El Sr. Wittig desea agradecer la labor de la señora Marianne Baker y del señor John Linarelli por sus aportes en la preparación de los materiales de capacitación del CCI empleados en este trabajo. También desea expresar su gratitud por el trabajo de investigación de la señora Lucía Coppolaro y la asesoría administrativa de la señora Zaneera Thajudee, del CCI.

Indice de Materias

Introducción	489
1. Independencia Profesional en las Compras	493
1.A. La Experiencia de Estados Unidos	495
1.B. La Corrupción en el Comercio Internacional	504
2. Capacitación Profesional de los Oficiales de Compras	506
2.A. Funciones y Responsabilidades	506
2.B. Plan de profesionalización en 8 etapas del CCI	508
2.C. La experiencia de los Estados Unidos	511
3. Sistemas de Protesta y Disputa	518
3.A. La Experiencia de los Estados Unidos	518
4. Sistemas de Control de Calidad y de Revisión	520
4.A. Las autoridades de aprobación y los Auditores Externos	521
4.B. La Experiencia de los Estados Unidos	523
5. Administración del Sistema de Compras	531
5.A. La Experiencia de los Estados Unidos	534
6. Conclusión	538

INTRODUCCIÓN

El proceso de contratación es tributario de la corriente presupuestaria. Las organizaciones, privadas o públicas, determinan por medio del presupuesto la manera en que se emplearán los recursos para alcanzar objetivos establecidos. La organización tiene que decidir qué porcentaje de los montos presupuestados se gastará en contratar factores como trabajo e insumos para producir servicios internamente, y qué proporción irá a parar “fuera de casa”, para comprar servicios a organizaciones externas, comúnmente privadas. Los sistemas de contrataciones públicas son el puente entre las necesidades públicas (por ejemplo, caminos, hospitales, necesidades de defensa, etc.) y los proveedores del sector privado cuando el gobierno decide recurrir a su exterior.

En este sentido, los gobiernos emplean su proceso de presupuesto del mismo modo en que una empresa privada adopta decisiones de ese tipo en su programa de planificación presupuestaria. Sin embargo, a diferencia de las contrataciones del sector privado, las del sector público constituyen un proceso comercial al interior de un sistema político. Y, al igual que una compañía privada que opera en un mercado libre puede ser juzgada por sus clientes por la calidad de sus productos o servicios, los gobiernos pueden ser juzgados por la calidad con que ejercen el poder político. Por eso, en las contrataciones públicas no sólo interesa el producto, sino también el proceso que conduce a su compra.

Un sistema de contrataciones públicas eficiente permitirá que los proveedores ofrezcan calidad, servicios y precios satisfactorios dentro de un calendario de entrega oportuno. El postulado básico del sistema de adquisiciones públicas es directo: adquirir el artículo apropiado en el momento preciso, y al precio adecuado, para respaldar las iniciativas gubernamentales. Sin embargo, la adquisición también involucra factores de rendición de cuentas e integridad, cuyo valor trasciende las transacciones reales entre comprador y vendedor, especialmente en el sector público. Es preciso revisar

en forma seria y constante esas decisiones para así gestionar adecuadamente la función de contrataciones públicas.

El grado de transparencia ayuda a determinar la calidad del sistema de contrataciones públicas. La transparencia, en el contexto de las adquisiciones públicas, se refiere a la capacidad de todos los participantes interesados para conocer y comprender los verdaderos medios y procesos a través de los cuales se adjudican y gestionan los contratos. Lo anterior requiere, como mínimo, la divulgación de información suficiente para permitir que el promedio de los participantes conozca la manera en que se pretende que funciona el sistema y cómo está funcionando en la realidad.

La transparencia exige que la publicación de las reglas sea la base para toda decisión sobre contrataciones y que dichas reglas se apliquen objetivamente a todos los participantes. La transparencia es un medio eficaz para identificar y corregir prácticas indebidas, de derroche de recursos e incluso de corrupción. Los procedimientos transparentes ayudan a atraer más inversiones al disminuir el grado de riesgo. Un sistema de contrataciones transparente permite que las empresas privadas en competencia aprecien con mayor precisión el riesgo de sus negocios con el gobierno.

El combate contra el derroche y la corrupción y el mejoramiento de la rendición de cuentas financieras resultan esenciales para un adecuado ejercicio del poder político. La corrupción merece especial atención ya que opera de maneras insidiosas y tiende a socavar la totalidad del tejido de la vida económica y política. En consecuencia, resulta de capital importancia establecer y mantener un comportamiento adecuado en todas las entidades de contratación. La corrupción, según la definición del Banco Mundial¹, es el abuso de un cargo público para beneficio privado. Este beneficio podría adoptar la forma de dinero o de favores en provecho de familiares o amigos –o de grupos de interés especiales, como un partido político que procura conseguir o mantener el poder. Ese comportamiento, cuando lo adoptan personas que tienen que ver con el proceso de contrataciones, a menudo se traduce en pérdidas para la ciudadanía. Así pues, muchos pierden para beneficio de unos pocos. A veces existe algún tipo de colusión entre las entidades compradoras y vendedoras. Funcionarios gubernamentales responsables en la parte contratante solicitan –o son inducidos a aceptar– gratificaciones de los oferentes o contratistas para adoptar decisiones favorables de adjudicación. Esa influencia en los procesos ejecutivos y de toma de decisiones de un país tiene costos legales, administrativos y económicos.

Puesto que la corrupción es por lo general un acto económico, una manera de considerarlo es a través del mecanismo de oferta y demanda.

¹ *Helping Countries Combat Corruption, Poverty Reduction and Economic Management Network*, The World Bank, Washington, DC, septiembre de 1997, p 8.

Para nuestros fines, la corrupción en el lado de la oferta proviene de los contratistas que procuran sobornar a funcionarios gubernamentales dispuestos a aprovecharse de una oportunidad que se les ofrece, o bien coludirse con ellos de algún modo. Este tipo de corrupción es como el agua de lluvia que cae sobre un techo y busca cualquier resquebrajadura o teja suelta, en forma insistente.

La corrupción en el lado de la demanda se inicia en un sector del gobierno que está en busca de recursos, ya sea para que un funcionario gubernamental se enriquezca de alguna manera, ya sea para mantener una posición política o un partido por medios ajenos a las prácticas aceptadas. Siguiendo con las metáforas relativas al agua, este tipo de corrupción equivale a construir diques en la ribera de un río para desviar aguas de uso público hacia huertos privados.

Al interior del gobierno estadounidense, durante la década de 1980 se inició una campaña en el Pentágono en contra del “despilfarro, el fraude y el abuso” en los procesos de contrataciones. En este eslogan se incluía el uso indebido intencional o involuntario de recursos públicos, lo que constituye una categoría adicional de actos que perjudican a la ciudadanía.

La calidad del sistema de adquisiciones públicas también contribuye al crecimiento económico. Los sistemas económicos basados en el mercado funcionan mejor cuando se ejerce una presión constructiva para modificar y mejorar la fijación del precio, la calidad o el rendimiento de un producto, o satisfacer de otra manera las necesidades del consumidor. Si un competidor acuerda minimizar las presiones del mercado al depender de los contactos personales, de los sobornos o de otros medios para “influir” en el sistema, ambas partes acaban por verse disminuidas en el largo plazo, a pesar de los aparentes beneficios inmediatos de ese acto de corrupción:

- Lo más probable es que el sector público (comprador) reciba un producto de calidad menos satisfactoria para satisfacer las necesidades públicas a un precio más alto que si fuera fijado equitativamente por el mercado; y,
- el contratista (vendedor) pierde iniciativa y energía al tratar de lograr que este producto o servicio sea más competitivo, o de hecho pierde participación en el mercado cuando el público termina por percatarse del acto de corrupción².

² Fuera de los intentos internacionales por minimizar los beneficios de prácticas comerciales corruptas a través de mecanismos tales como convenciones antisoborno (véase OCDE más abajo), muchas empresas mundiales (por ejemplo, Shell Oil a mediados de la década de 1990 debido a la corrupción reinante en Nigeria) han debido afrontar boicots de los consumidores o han recibido amenazas de acciones legales por parte de sus accionistas cuando han salido a luz comportamientos corruptos.

Las operaciones de contrataciones públicas afectan a muchos componentes distintos de la sociedad. En primer lugar, están las entidades contratantes que requieren apoyo material para cumplir las misiones nacionales que les han sido asignadas. Luego está la comunidad empresarial de proveedores reales o potenciales que deben satisfacer los requerimientos identificados del gobierno³. Para que las necesidades de los organismos gubernamentales sean consideradas adecuadamente por un proveedor, tienen que expresarse en términos claros, compatibles con políticas públicas tales como competencia, objetivos sociales y económicos y transparencia. Las operaciones de contratación deberían instar a los proveedores a valorar los negocios gubernamentales y a proporcionar un nivel satisfactorio de calidad, de servicio y de precios en forma oportuna.

Otras organizaciones que participan en el sistema más amplio de contrataciones públicas son las asociaciones profesionales, las entidades académicas y los grupos de interés público, que sostienen sus puntos de vista en lo referente al rendimiento de las instituciones de administración pública. La capacidad de la comunidad empresarial para participar en el proceso de contrataciones nacionales contribuye a asegurar a sus miembros que pueden seguir siendo empleadores viables y unidades económicas productivas para crear riquezas y aumentar la base imponible. Por tanto, las empresas sienten la legítima necesidad de debatir o fomentar sus intereses como parte del interés “público” general.

La transparencia, entendida esta vez como apertura del proceso de toma de decisiones y de los actos del gobierno, constituye la herramienta más eficaz para medir directa o indirectamente “el bien mayor para el mayor número de personas” en un sentido utilitario. Una vez más, la transparencia significa que se conocen y respetan las reglas establecidas de conformidad con las leyes y los reglamentos. Transparencia significa que la información se divulga de acuerdo con las reglas y no en forma indiscriminada a toda la gente. Es probable que no exista información disponible para el público en general sobre materias confidenciales por motivos de seguridad nacional, o que son delicadas cuando se trata de adjudicar un importante contrato público, por ejemplo. Aun así, un sistema transparente va a permitir que algunos representantes debidamente autorizados (por ejemplo, los miembros del Congreso) realicen una labor de supervisión

³ Tradicionalmente, una necesidad se traduce en una solicitud de contratación. La necesidad del gobierno puede ser permitir que vehículos terrestres de transporte atraviesen un lago. La exigencia en virtud del contrato puede describirse en definitiva como un puente, un transbordador o un túnel, o cualquier otra solución a esta necesidad que, según lo determinado por el gobierno, constituye el enfoque óptimo para satisfacerla.

pública para garantizar a la opinión pública que al adoptarse las decisiones gubernamentales se siguieron los procedimientos adecuados.

Equilibrar los intereses en competencia es una de las principales funciones de un sistema político. Los gobiernos han luchado por encontrar la fórmula que permita que intereses en competencia se enfrenten en la arena política dentro de un marco legal aceptable. Algunos países han encarado los problemas que trae aparejados la corrupción en las contrataciones públicas de una manera más completa que otros. Con el objeto de ayudar a evaluar los problemas que están en juego y los métodos para controlar la corrupción, hemos elaborado un marco conceptual (véase Cuadro 1) que nos permite subrayar elementos clave para el control de la corrupción en las contrataciones públicas.

Al concentrarnos en la manera de definir la corrupción y determinar los medios para ponerla al descubierto, es posible corregir este mal. Nuestro fin es prevenir la corrupción al interior del sistema de contrataciones públicas, y a tal efecto hemos delineado para una revisión más detallada seis áreas temáticas que serán analizadas en cada uno de los restantes capítulos del trabajo, sobre la base de la experiencia reciente de los Estados Unidos.

1. INDEPENDENCIA PROFESIONAL EN LAS COMPRAS

Si gracias a la “mano invisible” de Adam Smith el mercado libre funciona a través de múltiples unidades económicas que buscan satisfacer al máximo sus intereses personales, los gobiernos tienen que enguantar la mano del interés propio con reglas de integridad para mantenerla limpia.

El hecho de influir o intentar influir en las personas que ejercen el poder es tan antiguo como la humanidad, ya que siempre tratamos de sacar ventaja de los demás durante la perpetua competencia de la vida por obtener recursos y favores. Independientemente de si el poder estatal está encarnado por un autócrata, un consejo o un representante electo, se intentará transformar ese poder en favores para la familia o los amigos, o bien ayudar al poderoso a conservar su autoridad. Y mientras mayor sea la influencia del gobierno sobre los individuos, mayor será el surtido de favores y recursos que se van a dispensar.

Como la contratación corresponde sólo a una de las muchas funciones del gobierno, no se puede afirmar que sea la única área en que se cometen actos de corrupción; únicamente se podría sostener que en ella existe un amplio margen para su aplicación ya que corresponde a entre un 9% y un 20% del producto interno bruto de una nación. Sin embargo, el

CUADRO 1 MARCO CONCEPTUAL PARA CONTROLAR LA CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Elementos clave	
LA DEFINICIÓN se realiza mediante:	El derecho penal, la ley de contrataciones públicas, los reglamentos gubernamentales, el código de ética profesional, la costumbre y la práctica.
LA DIVULGACIÓN se realiza mediante:	Audidores externos e internos, denunciantes, disponibilidad pública de información gubernamental, protestas relativas a adjudicaciones de contratos, otras modalidades de supervisión externa, diligencia profesional.
LA CORRECCIÓN se realiza mediante:	La aplicación de leyes y reglamentos, la resolución de protestas, mejoras en la gestión.
LA PREVENCIÓN se realiza mediante:	<ol style="list-style-type: none"> 1. LA INDEPENDENCIA PROFESIONAL. Crear instituciones con el fin de asegurar la independencia profesional de los funcionarios a cargo de las contrataciones, para que así adopten decisiones lo suficientemente ecuanímes sobre la base del mérito, y estén protegidos frente a presiones indebidas ejercidas por funcionarios de mayor jerarquía designados políticamente. (Integridad). 2. PRESTIGIO Y CAPACITACIÓN PROFESIONAL: Crear instituciones para aumentar las aptitudes profesionales de los funcionarios a cargo de las contrataciones y capacitar a dichos funcionarios a fin de prevenir la corrupción y aumentar la eficiencia. (Profesionalismo). 3. SISTEMAS DE PROTESTA Y DISPUTA: Crear instituciones para resolver recusaciones de las normas promulgadas y acciones entabladas al interior del sistema de contrataciones públicas (Ver sección 3). 4. SISTEMAS DE CONTROL DE CALIDAD Y DE REVISIÓN: Instituciones empleadas para efectuar revisiones previas y posteriores a la adjudicación y para establecer controles internos y externos, al igual que evaluaciones de procesos en el proceso de contrataciones. 5. GESTIÓN DE SISTEMAS: Crear instituciones para conservar la infraestructura de contrataciones y mantener un contacto permanente con los funcionarios de operaciones.

proceso político tiene el legítimo derecho a exigir que se adopten decisiones antieconómicas para respaldar objetivos nacionales superiores, como por ejemplo favorecer a las pequeñas empresas o desalentar a los proveedores que contaminan demasiado el medio ambiente.

Estos beneficiarios pueden ser escogidos como resultado de un proceso legítimo de *lobby* sectorial (por ejemplo, demostrando los beneficios económicos o el valor estratégico en términos generales de privilegiar un proveedor nacional) o de maniobras de cabildeo ilegítimas (por ejemplo, el pago de sobornos) o de zonas grises, como la donación legal de fondos a las campañas de legisladores. Desde la perspectiva de la administración pública, la función del profesional de carrera debería ser determinar el costo del trato favorable (no competitivo) y permitir que los beneficios propuestos compitan con el costo de dicho trato preferencial de manera pública y transparente, responsabilizando a los políticos por sus actos.

Otro problema de tipo empresarial que se plantea en las contrataciones al interior del gobierno es que en el sector privado las comunicaciones entre comprador y vendedor se agilizan a medida que se acercan a la firma de un contrato. En muchos Estados ocurre todo lo contrario ya que para garantizar una transacción en condiciones de igualdad la ley exige un grado menor de comunicación. Como consecuencia de lo anterior, el gobierno en ocasiones acaba por comprar menos de lo que creía que estaba adquiriendo o bien compra un producto absolutamente equivocado, lo cual se traduce en una pérdida de recursos. Una vez más, el papel del profesional de adquisiciones debería ser señalar de qué manera los aspectos comerciales del proceso de lograr un acuerdo en el contrato se resuelven de una manera transparente y justificable con un mínimo de costos adicionales.

La presencia de un sólido apoyo institucional en las más altas esferas de gobierno a favor de la administración y supervisión independientes del proceso de contrataciones públicas es un factor esencial para promover la integridad y la aplicación adecuada de una ley de contrataciones. Lo anterior redundará en un mayor grado de eficiencia y de rendimiento profesional en las operaciones de adquisición. Con el objeto de salvaguardar esta independencia y controlar la influencia política y sus distorsiones de la eficiencia y la equidad económica, los gobiernos normalmente establecen normas para determinar lo que es y no es aceptable.

1.A. La Experiencia de Estados Unidos

Con el fin de ayudar a controlar el lado de la demanda de la ecuación de la corrupción, los Estados Unidos promulgaron en 1977 la Ley sobre Prácticas de Corrupción en el Extranjero, la cual estableció que era

ilegal que ciudadanos estadounidenses pagaran sobornos para conseguir negocios en el exterior cuando esos pagos contravienen las leyes locales del país extranjero. Las disposiciones de la Ley referentes a la mantención de registros exigen que todas las sociedades anónimas mantengan registros en los que se indique claramente cómo se utilizan sus fondos. El gobierno audita los libros cuando existen sospechas de prácticas contrarias a la ética.

En las leyes estadounidenses también se contemplan procedimientos similares que orientan los actos de todos los funcionarios públicos. En general, un empleado del gobierno, independientemente de su rango o de la manera en que haya sido designado, no debería aprovecharse indebidamente de su cargo para provecho personal. En el Reglamento sobre Adquisiciones Federales (*Federal Acquisition Regulation* –FAR) se incluyen detalladas prescripciones en cuanto al comportamiento. El sistema de FAR fue sancionado por la Ley de la Oficina de Políticas sobre Contrataciones Federales (*Office of Federal Procurement Policy* –OFPP) de 1974⁴.

Las disposiciones más importantes son la prohibición de las gratificaciones y de los honorarios condicionales y la imposición de controles de integridad en las contrataciones. En cada una de ellas se procura definir claramente la manera en que los contratistas y los funcionarios gubernamentales pueden evitar que su conducta les cause problemas. La posibilidad de que los contratistas proporcionen bienes y servicios para beneficio personal de empleados federales está limitada por los estatutos penales y los reglamentos contractuales. Estas restricciones se aplican a cualquier elemento que revista un valor monetario, incluidos los regalos, recepciones sociales, préstamos, viajes, favores, atenciones, alojamiento, descuentos y comidas.

Muchas de las actividades que puede emprender un contratista con sus clientes privados (por ejemplo, invitar a cenar a un cliente potencial) están prohibidas cuando se trata de empleados del gobierno federal⁵. En vista de estas estrictas normas, los contratistas tienen que capacitar a los empleados que negocian con el gobierno federal para que comprendan

⁴ Ley pública 93-400, tal como ha sido enmendada. El FAR es elaborado, promulgado y mantenido conjuntamente por el Secretario de Defensa, el Administrador de Servicios Generales y la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (*National Aeronautics and Space Administration* –NASA), de conformidad con sus autoridades estatutarias.

⁵ Pese a lo anterior existen algunas excepciones a las reglas sobre gratificaciones. Por ejemplo, los contratistas pueden proporcionar a los empleados federales: a) alimentos y refrigerios sencillos que no se ofrezcan como parte de una comida; b) tarifas y descuentos convenientes disponibles para el público o para todos los empleados fiscales; y c) tarjetas de salud y artículos de poco valor intrínseco (por ejemplo, insignias, trofeos). Los empleados federales también pueden aceptar regalos no monetarios, cuyo valor no exceda los US\$ 20 por unidad y no sobrepase los US\$ 50 anuales, de cualquier persona o empresa.

estas restricciones y eviten que se abrigue siquiera la sospecha de un acto ilícito.

1.A.1. Integridad en las contrataciones

Si existe la sospecha de un comportamiento indebido, los procedimientos establecen la manera en que los funcionarios de contrataciones deberán tratar el caso. La sección destinada a resguardar la delicada información usada para seleccionar las fuentes fue el resultado de un escándalo ocurrido en la década de 1980, cuando un subsecretario de Marina (designado políticamente) y otros funcionarios gubernamentales divulgaron información delicada sobre selección de fuentes a amistades que trabajaban para contratistas de la competencia. Este proceso se conoció en el Ministerio de Justicia con el nombre en clave de “Operación Viento Huracanado”. Un artículo publicado en el diario *The Washington Post* al concluir la Operación Viento Huracanado en 1994⁶ proporciona un breve resumen del caso que resulta útil para nuestros fines (ver Cuadro 2).

En el caso Litton la atención se concentra en la corrupción del lado de la oferta y contiene algunos aspectos que es preciso analizar con mayor detalle. En este caso, el delito fue la divulgación de “información confidencial interna”, y no hubo un soborno directo a ningún funcionario. Las reglas de compras federales generalmente requieren un proceso de selección de fuentes formal y documentado. El Departamento de Defensa⁷, en particular, exige que se siga un proceso de tres etapas para adjudicar un contrato en gran escala, en el cual participan los siguientes grupos *ad hoc*:

1. Una Junta de Evaluación para Selección de Fuentes (*Source Selection Evaluation Board –SSEB*), compuesta por una cantidad mínima de especialistas en áreas técnicas y en fijación de precios que analizan en detalle las propuestas presentadas por firmas en competencia. El funcionario de contrataciones es normalmente el Presidente de la SSEB y hace llegar sus análisis al
2. Comité Asesor para Selección de Fuentes (*Source Selection Advisory Committee –SSAC*), compuesto por un número limitado de ejecutivos administrativos de alto nivel, cuya misión es garantizar que se han considerado y se han analizado y documentado adecuadamen-

⁶ Véase también *When the Pentagon Was for Sale*, por Andy Pasztor; Scribner, 1995.

⁷ Directiva del Departamento de Defensa 5000.1.

CUADRO 2 LITTON INDUSTRIES SE DECLARA CULPABLE, ESCRIBIENDO ASÍ EL CAPÍTULO FINAL DEL ESCÁNDALO DEL “VIENTO HURACANADO”.
Por Charles W. Hall, Asistente de Redacción, *The Washington Post*, 15 de enero de 1994, página A11.

La “Operación Viento Huracanado”, el nombre en clave empleado para denominar la investigación federal de un escándalo relacionado con adquisiciones del Pentágono, llegó ayer a su fin cuando Litton Industries, Inc. accedió a pagar una última suma de US\$ 3,9 millones en multas por comprar información interna en un intento por conseguir tres contratos militares. Litton, con sede en Beverly Hills, estado de California, se declaró culpable de tres cargos, entre ellos conspiración, apropiación ilícita de fondos estatales y fraude mediante operaciones financieras electrónicas.

Dos funcionarios de Litton habían sido condenados antes por comprar información confidencial sobre licitaciones públicas a dos consultores de defensa privados. Esta declaración de culpabilidad marcó el 64 fallo condenatorio derivado de la Operación Viento Huracanado, y el arreglo a que se llegó elevó a más de US\$ 250 millones el monto recuperado por los querellantes federales de manos de la parte sentenciada.

“La Operación Viento Huracanado se cuenta entre las investigaciones y los procesamientos más exitosos que jamás haya emprendido el Departamento de Justicia para combatir delitos cometidos en oficinas”, declaró la Procuradora General Janet Reno. “La Operación Viento Huracanado modificó radicalmente la forma en que se investigan y se enjuician los delitos cometidos en oficinas públicas”.

Los empleados de Litton que fueron condenados, Thomas D. McAusland y Christopher M. Pafort, eran ejecutivos de alto nivel de Litton Data Systems, filial de Litton. “Ni los cargos contra los empleados, ni los cargos contra la empresa, incluyeron algún tipo de soborno de funcionarios gubernamentales, o de gratificación o de usurpación de contratos por parte de Litton”, declaró Norman L. Roberts, vicepresidente ejecutivo y asesor jurídico de la empresa. “Ni los empleados ni la compañía se beneficiaron de forma alguna”.

En virtud del último acuerdo, Litton pagó US\$ 1,5 millones en multas penales; 1,3 millones en demandas civiles entabladas por el

Departamento de Justicia y US\$ 1,1 millones para reembolsar al gobierno los fondos gastados en investigaciones.

Según consta en actas judiciales, Litton contrató a los consultores de defensa Thomas E. Muldoon y Mark C. Saunders, quienes a su vez obtuvieron información confidencial sobre licitaciones de dos ex oficiales de la Armada, George G. Stone y Jerry L. Manning. Los cuatro han sido condenados. Los consultores suministraron a Litton especificaciones e información de carácter técnico sobre licitaciones públicas relativas a tres contratos que Litton estaba intentando conseguir. Litton no se adjudicó ninguno de los dichos contratos.

La Operación Viento Huracanado salió a la luz pública en junio de 1988, cuando agentes federales ejecutaron 44 órdenes judiciales, registrando las oficinas de importantes contratistas de defensa, ejecutivos empresariales de alto nivel, consultores y funcionarios del Departamento de Defensa.

La investigación se inició cuando un contratista de defensa se quejó a investigadores del gobierno de que un consultor estaba ofreciendo información confidencial interna sobre un proyecto de defensa por varios millones de dólares, relató el abogado asesor del gobierno estadounidense, Joseph L. Aronica, principal abogado querrelante en la Operación Viento Huracanado. Durante los siguientes 18 meses, los investigadores fueron fundamentando su causa utilizando 13 sistemas de escucha telefónica. El caso derivó finalmente en las condenas de 54 personas, incluido un ex subsecretario de Marina, un ex subsecretario adjunto de Marina y un ex subsecretario de la Aviación.

Asimismo, se sentenció a 10 empresas, incluida Unisys Corp., que pagó una multa sin precedente de US\$ 190 millones por obtención ilegal de contratos. El caso también dio lugar a la promulgación de leyes y reglamentos más estrictos que rigen la adjudicación de contratos federales.

“Este caso demuestra que el testimonio de una sola persona sí tiene valor”, opinó Aronica, refiriéndose al contratista que contribuyó a resolver el caso. “Se trata probablemente de la investigación más eficiente en función del costo que hayamos jamás emprendido. Recuperamos US\$ 250 millones para el contribuyente estadounidense. Sin duda, la investigación no costó esa suma”.

te todos los aspectos que afectan la adjudicación del contrato. Luego, el Presidente del SSAC expresa su recomendación para la adjudicación del contrato a

3. La Autoridad de Selección de Fuentes (*Source Selection Authority* –SSA), que es un individuo que ejerce la autoridad y la responsabilidad de asignar el contrato. Esta persona podría ser el Administrador de Programas (cargo no político) o un funcionario designado de alto nivel, incluido el Secretario de Defensa si se considera que el contrato amerita ese nivel de participación.

Si bien es posible sobornar a la SSA, una adjudicación carente de respaldo en los niveles inferiores del proceso sería vista como un hecho anómalo. También es posible que el personal de más alto rango influya en los niveles inferiores del proceso, pero el SSAC suele estar constituido por personas con diferentes dependencias jerárquicas, de modo que en este panel se conserva un mayor grado de independencia. A pesar de esto, las filtraciones de información en la SSEB o en el SSAC sobre objetivos internos o propuestas de competidores podrían bastar para inclinar la adjudicación a favor de una empresa.

El delito de Litton fue obtener esa “información confidencial interna”, y aunque su abogado defensor subrayó que en este caso no hubo soborno, de todas maneras los funcionarios fueron condenados por corromper el proceso de contrataciones. Otro aspecto interesante de esta historia es que a pesar de haber conseguido información confidencial interna, Litton no se adjudicó ningún contrato.

La corrupción en el lado de la demanda, en la cual el funcionario designado políticamente u otro empleado procura recibir un soborno, también es posible en estas situaciones, pero puede resultar más difícil si se restringe la divulgación de información en los distintos niveles. Así pues, la SSA no debería tener acceso a los detalles del trabajo realizado en los niveles inferiores.

Sin embargo, el ingenio humano es infinito cuando se trata de transgredir las normas, por lo que designar a una empresa como la “única fuente” para un producto o redactar especificaciones de contratación que favorezcan a un determinado contratista son sólo dos maneras en que podría ocurrir este tipo de corrupción. Como resulta imperioso adoptar los resguardos necesarios contra esas acciones, se han reforzado los límites al acceso a datos internos confidenciales para así evitar su divulgación, y a los contratistas se les exige certificar que no han obtenido información ilegalmente.

Otro punto clave que se desprende de este artículo es que sólo un contratista no estuvo dispuesto a incurrir en esta conducta corrupta y permitió poner en marcha la Operación Viento Huracanado. El pequeño contratista de defensa se limitó a “dar un paso adelante” para denunciar ante el Servicio de Investigación de la Armada que había sido abordado por un consultor que le había ofrecido datos sobre propuestas y costos de los competidores en un contrato de la Infantería de Marina que recientemente había sido publicitado. El aparato de investigación delictual del Departamento de Justicia, concretamente el FBI (*Federal Bureau of Investigation*), asumió la responsabilidad de reunir pruebas de estos abusos. Por consiguiente, es necesario disponer de un mecanismo claro para investigar las infracciones, y además otorgar algún tipo de incentivo a los contratistas honrados para que conserven su probidad.

1.A.2. Oficina de Ética Pública

Además, en los Estados Unidos se ha creado una Oficina de Ética Pública (*Office of Government Ethics* –OGE). La OGE es la entidad fiscalizadora que supervisa los aspectos éticos para la rama ejecutiva del gobierno federal. La OGE proporciona asesoría y orientación a departamentos y organismos, al igual que a sus empleados, sobre asuntos relativos a la ética en el sector público. La oficina también responde consultas sobre ética formuladas por el público en general. Asimismo, redacta reglamentos sobre divulgación de información financiera, normas de conducta ética, empleos en otras áreas, intereses financieros, capacitación en aspectos éticos y restricciones a la aceptación de empleos después de haber trabajado para el gobierno.

La OGE también ofrece capacitación en aspectos de ética y edita folletos, videos y carteles educativos destinados a funcionarios gubernamentales. La oficina revisa periódicamente los programas de ética que se aplican en todo el gobierno. Incluye una división de servicios de educación y de programas, una división de divulgación de información financiera, una división de revisión de programas, una oficina jurídica y una oficina de recursos de información.

Por añadidura, la OGE y los organismos gubernamentales mantienen un sistema independiente de divulgación de Informes Públicos de Divulgación Financiera en el Formulario Estándar (*Standard Form* –SF) 278 presentados por altos funcionarios del Poder Ejecutivo. Los informes sobre nombramientos de funcionarios por parte del Presidente sujetos a la confirmación del Senado, funcionarios designados para organismos de ética, y sobre algunos otros funcionarios, están disponibles directamente en la OGE, para lo cual basta llenar el formulario de acceso adecuado (el 201).

CUADRO 3 ESBOZO DE LOS REGLAMENTOS SOBRE INTEGRIDAD DE LAS CONTRATACIONES

- I. *De la divulgación y la obtención de información sobre propuestas u ofertas de los contratistas o información sobre la selección de fuentes*
- A. Un empleado o ex empleado del gobierno estadounidense que participe en una contratación, o bien una persona que actúe en nombre del Gobierno norteamericano o lo asesore en un proceso de este tipo, y que tenga o haya tenido acceso a esa información, no deberá divulgarla antes de la adjudicación del contrato al cual se refiere la información. (FAR 3.104-4(a)).
 - B. Ninguna persona deberá obtener intencionalmente esa información antes de la adjudicación del contrato al cual ésta se refiere. (FAR 3.104-4(b))
- II. *Ofertas de empleo en sectores ajenos al gobierno federal*
- Un funcionario que participa personalmente y en un grado considerable en el proceso de contratación en que el monto exceda el umbral para una adquisición simplificada (US\$ 100.000), y que sea contactado por un licitante para ofrecerle un empleo en un área ajena al gobierno federal durante la tramitación de la contratación deberá:
- A. Notificar por escrito a su supervisor de este contacto; y
 - B. Rechazar la oferta; o
 - C. Inhabilitarse mediante una notificación escrita dirigida al Jefe de Operaciones de Contratación de conformidad con el Código de los Estados Unidos, 18 §208 hasta que se le autorice para reasumir sus funciones porque:
 1. quien le hizo la propuesta de empleo ya no es un licitante; o
 2. todas las conversaciones han concluido sin que se llegue a un acuerdo de empleo (FAR 3.104-4(c)).
 - D. Este requisito no es aplicable después de adjudicado el contrato o después de cancelado el proceso de contratación, aun cuando de conformidad con 18 U.S.C. §208 aún se seguirá exigiendo la inhabilitación de un empleado que esté gestionando un contrato.
- III. *Aceptar una remuneración de un contratista*
- A. Un ex funcionario no puede aceptar que un contratista le cancele una remuneración dentro del plazo de un año después de haber actuado como funcionario encargado de contrataciones, autoridad encargada de seleccionar las fuentes, miembro de la junta de evaluación para la selección de fuentes, o jefe de un equipo de evaluación financiera o técnica para un contrato adjudicado a ese contratista en que el monto involucrado exceda los US\$ 10 millones.
 - B. La restricción anterior también se aplica a un ex funcionario que haya trabajado como gerente de programas, subgerente de programas o funcionario administrativo de contrataciones para un contrato por un monto superior a US\$ 10 millones.
 - C. Se aplica a un ex funcionario que adoptó la decisión de:

1. adjudicar un contrato, una modificación, un subcontrato, una orden de trabajo o de entrega en que el monto supere los US\$ 10 millones;
2. establecer gastos generales u otro tipo de tarifa aplicable a un contrato en que el monto sobrepase los US\$ 10 millones; o
3. aprobar la emisión de uno o más pagos contractuales por más de US\$ 10 millones, o bien pagar o llegar a un acuerdo en una reclamación por un monto superior a los US\$ 10 millones. (FAR 3.104-4(d)).

D. Esta restricción puede aplicarse a decisiones adoptadas tras la adjudicación del contrato que no debía ser adjudicado en forma competitiva. La restricción no se aplica a la aceptación de una remuneración de una división o filial del contratista que no elabore productos o preste servicios idénticos o similares.

E. La prohibición de aceptar remuneraciones durante un año comienza:

1. a partir de la fecha en que el contratista fue seleccionado por un ex funcionario que en ese entonces haya ocupado un cargo enumerado en el párrafo A, pero no a contar de la fecha de adjudicación del contrato;
2. a partir de la fecha en que el contrato fue adjudicado por un funcionario que en ese entonces haya desempeñado un cargo enumerado en el párrafo A, independientemente de si estaba o no ocupando el puesto al momento de la selección;
3. a contar del último día en que un funcionario haya ocupado un cargo enumerado en el párrafo B; o
4. a contar de la fecha en que se adoptó una decisión enumerada en el párrafo C.

IV. *Definiciones*

A. La información sobre propuestas u ofertas de los contratistas que no estará disponible para el público incluye:

1. datos sobre costos o fijación de precios;
2. costos indirectos y costos directos de mano de obra;
3. información sobre procesos, operaciones o técnicas de fabricación de propiedad de una empresa; e
4. información calificada por el propio contratista como “información sobre propuestas u ofertas del contratista”.

B. La información sobre la selección de fuentes que no estará disponible para el público incluye:

1. precios de las propuestas;
2. costos o precios propuestos por los oferentes;
3. planes para la selección de fuentes y evaluaciones técnicas;
4. evaluaciones técnicas, evaluaciones de costos o precios, determinaciones de margen competitivo, clasificación de las propuestas, informes emitidos por paneles de selección de fuentes; y
5. otro tipo de información calificado como “selección de fuentes”, teniendo en cuenta la opinión de que su divulgación perjudicaría el proceso de contratación.

Los Informes SF 278 presentados por esos funcionarios y por otros empleados del sector público también están disponibles en los propios departamentos y organismos donde ellos trabajan. Estos registros pueden consultarse en virtud de la Ley sobre Ética en el gobierno promulgada en 1978 (5 apéndice al Código de los Estados Unidos, §105), sujetos a ciertas restricciones en cuanto a su uso (incluida una prohibición general para su uso comercial, exceptuándose su divulgación al público en general a través de medios de difusión y de comunicación).

Los procedimientos de acceso dispuestos en la Ley de Ética también se aplican a algunos otros “archivos reservados”, incluidos certificados de traspaso de intereses y algunos archivos calificados que se mantienen en custodia. Mediante un procedimiento separado para el cual basta una solicitud, la OGE también facilita informes semestrales de los organismos públicos sobre regalos en forma de viaje recibidos de fuentes no gubernamentales de conformidad con una disposición reglamentaria especial, 31 U.S.C. §1353.

1.B. La Corrupción en el Comercio Internacional

Los gobiernos nacionales pueden enfrentar problemas de corrupción dentro de sus propias fronteras o en países extranjeros. Históricamente, los países han estado más interesados en controlar y castigar los actos de soborno cometidos dentro de su territorio. En el contexto de la nueva economía mundial existe cada vez mayor conciencia dentro de las naciones dedicadas al comercio de que cuando sus propios compatriotas ofrecen sobornos a funcionarios extranjeros perjudican la economía mundial en la que ellas se están integrando progresivamente.

La prueba más amplia de esta toma de conciencia relativamente reciente es la Convención sobre Combate al Soborno de Funcionarios Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales. Esta Convención, denominada a menudo Convención Antisoborno, fue firmada el 17 de diciembre de 1997 y entró en vigencia el 15 de febrero de 1999.

En este acuerdo internacional sólo se considera el soborno en el lado de la oferta y no en el lado de la demanda⁸. Su patrocinadora, la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos), reconoce que también debe tenerse en cuenta este último, pero explica que abordar el soborno en el lado de la oferta era la primera etapa lógica ya que los con-

⁸ Nota del Editor: Transparency International ha criticado que los Estados Unidos apruebe esta Convención y derogue implícitamente su ley de 1977 mencionada en 1.A, pues esta última era más amplia, ya que también sancionaba el soborno a funcionarios públicos extranjeros en transacciones *nacionales*, que son tan importantes como las internacionales.

tratistas de los países de la OCDE constituyen la mayor fuente potencial de dinero para sobornos.

Esta convención, suscrita por 34 países –todos los miembros de la OCDE⁹, más cinco países adicionales–¹⁰ obliga a sus firmantes a:

- Adoptar la legislación nacional para transformar el soborno de un funcionario público extranjero en un delito.
- Adoptar una definición amplia de funcionario público, es decir, todas las personas que ejercen una función pública.
- Castigar el soborno con sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasivas similares a las aplicadas al soborno de los funcionarios públicos nacionales.
- Interpretar la jurisdicción territorial de la manera más amplia posible (estableciendo jurisdicción nacional si es compatible con el ordenamiento jurídico nacional).
- Si el sistema nacional no dispone la responsabilidad penal de las empresas privadas, imponer sanciones disuasivas no penales, incluidas las multas.
- Cooperar con acciones judiciales entabladas por otros países (incluida la eliminación del secreto bancario como fundamento legal válido esgrimido por las instituciones financieras para denegar el acceso a sus registros).

Los programas de ética en el sector público pueden basarse en la integridad (por ejemplo, un enfoque positivo que se concentre en el incentivo, en el apoyo y en los valores y al mismo tiempo reste énfasis a las medidas coercitivas), o bien en el cumplimiento de las leyes (por ejemplo, hacer hincapié en la denuncia y en el castigo de violaciones a la ética). En una muestra de programas de ética constituida por 9 países seleccionados de entre sus miembros en 1996¹¹, la OCDE descubrió que en todos ellos se observaban algunos aspectos de ambos enfoques. Aun así, el enfoque integral de Portugal, México y los Estados Unidos se basaba en el cumplimiento de las leyes. Los demás países de la muestra –Australia, Finlandia, Holanda, Nueva Zelandia, Noruega y Gran Bretaña– adoptaron un enfoque basado más bien en la integridad.

⁹ Australia, Austria, Bélgica, Canadá, la República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelandia, Noruega, Polonia, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, Gran Bretaña, Estados Unidos.

¹⁰ Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile y Eslovaquia.

¹¹ *Ethics in the Public Service*, Public Management Occasional Paper No. 14, OCDE 1996.

Entre los países signatarios de la Convención sobre Combate al Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales es dable esperar un viraje en los programas nacionales hacia los aspectos basados en el acatamiento de la ley, porque en las exigencias de la convención para las leyes nacionales en lo relativo a los sobornos en el extranjero se hace hincapié en el cumplimiento de la ley; y se exige que las leyes sobre soborno en el extranjero sean por lo menos tan estrictas como las que se aplican a las transgresiones al interior del país.

2. CAPACITACIÓN PROFESIONAL DE LOS OFICIALES DE COMPRAS

El profesionalismo se define como la condición, los métodos o las normas de conducta que se aplican dentro de un área de especialización laboral. Su presencia ayuda a controlar la corrupción. Aun cuando el hecho de ser un profesional no elimina la posibilidad de que determinados miembros sean corruptos, esa condición sirve para controlar los comportamientos indebidos al permitir que los actos sean juzgados de acuerdo con normas aceptadas por la profesión.

La labor de los funcionarios públicos a cargo de operaciones de contratación no debería percibirse como una tarea burocrática y mecánica, sino como parte del proceso estratégico que consiste en controlar el uso de recursos estatales a través de una interacción dirigida con el sector privado. Sólo cuando se considera a los funcionarios desde esta óptica se podrá desarrollar una cultura de profesionalismo y comportamiento ético. Lo anterior no significa que todos los cargos en el área de las contrataciones públicas tienen que ser ocupados por personas con los más altos niveles de aptitud, ya que muchas tareas pueden transformarse en una rutina si se diseñan adecuadamente, como por ejemplo realizar pedidos de suministros de acuerdo con contratos de referencia previamente negociados. El punto es que el personal directivo de contrataciones públicas tiene que comprender claramente su función y desarrollar una cultura propia de responsabilidad y rendición de cuentas para gestionar estos recursos en forma adecuada.

2.A. Funciones y Responsabilidades

La carencia general de procedimientos y de disciplina en muchos sistemas de contrataciones públicas es testimonio de la falta de profesionalismo en el conjunto del personal. La necesidad de profesionalismo en las contrataciones se torna más imperiosa a medida que crece la economía

de un país, y cuando los productos y servicios que adquiere se vuelven más refinados. Si se pretende que las funciones de contratación respalden adecuadamente este crecimiento, las responsabilidades del personal en esta área se tornarán más complejas. Un mayor grado de profesionalismo significará que el personal de contrataciones puede:

- formarse una opinión más informada sobre lo que está disponible en el mercado nacional y en los mercados mundiales;
- contar con conocimientos sobre las mejores prácticas a nivel nacional –e internacionalmente aceptadas– en materia de contrataciones y de gestión de contratos; y
- Aplicar prácticas comerciales a nivel nacional y mundial al interior del sistema de contrataciones públicas.

En el estudio llamado *El futuro de las compras y de la oferta: Pronóstico para 5 y 10 años*¹², se señala la necesidad de contar con un personal más flexible y profesional en el área de contrataciones. En este estudio se analizó a los gerentes generales y a los profesionales a cargo de las contrataciones para determinar las tendencias y sus efectos en las contrataciones. La más importante de dichas tendencias era la de “esperar, aceptar y exigir cambios”. En todo el mundo la mayoría de la gente se encuentra hoy en día analizando con ojos críticos las tradiciones inveteradas y el *statu quo*, para explorar la posibilidad de introducir mejoras. Un ejemplo que se menciona en el estudio es el aumento exponencial del ritmo de cambio que se observa en la vida de muchas personas a medida que adquieren nuevas tecnologías para modificar la forma de comunicarse tanto en el plano personal como en el profesional.

La otra gran tendencia se refiere a que “la economía mundial está creciendo”. Este fenómeno ha sido impulsado en gran parte por cambios políticos y tecnológicos en los mercados financieros mundiales. Como hemos apreciado en los recientes sucesos ocurridos en Asia, un descenso en las fortunas económicas de una nación repercute directamente en los mercados mundiales, lo cual a su vez tiene un impacto directo en los precios y en las decisiones de abastecimiento.

Estas tendencias del sector privado también operan en el sector público. El rápido aumento en el uso del comercio electrónico en los mercados mundiales es un ejemplo adicional de la necesidad de contar con un

¹² *The Future of Purchasing and Supply - A Five and Ten Year Forecast*, iniciativa de investigación conjunta emprendida por el Center for Advanced Purchasing Studies, (www.capsresearch.org), la National Association of Purchasing Management y A. T. Kearney, Inc. Tempe, Arizona, 1998.

personal adecuadamente capacitado y administrado para adaptarse a las nuevas tendencias dentro de un sistema estructurado como el de las contrataciones públicas. La rapidez con que un gobierno aprovecha esta tendencia depende del nivel de profesionalismo observado en su personal.

Las técnicas competitivas perfeccionadas aplicadas por un personal profesional y adecuadamente capacitado, empleando normas de calidad y prácticas comerciales modernas, también pueden contribuir a mejorar la eficiencia de los proveedores locales para los contratos públicos. Para los gobiernos, esos niveles de eficiencia se pueden traducir directamente en la adquisición de bienes y servicios adicionales para satisfacer las necesidades nacionales, en el financiamiento de programas de mayor prioridad, o incluso en una rebaja de impuestos para el público, lo cual propicia el desarrollo.

2.B. Plan de profesionalización en 8 etapas del CCI

La creación de un equipo de personas competentes que lleven a cabo la ardua tarea de gestionar las contrataciones públicas es una necesidad nacional. El Centro de Comercio Internacional (CCI) UNCTAD/OMC recomienda que se aplique un programa de ocho etapas para desarrollar la necesaria infraestructura para capacitación en el área de contrataciones. Este programa se concentra en la tarea de incorporar cuanto antes a las organizaciones y a otras personas involucradas en el proceso y así elaborar un plan de aplicación óptimo para el país.

Primera etapa: concentrar las responsabilidades del personal de contrataciones. Asignar la responsabilidad por los sistemas de contrataciones públicas a un administrador de sistemas de contratación. Lo anterior involucra la capacitación del personal de contrataciones y la supervisión tanto del sistema como de la adecuada puesta en práctica de las iniciativas de capacitación y del avance profesional del personal.

Segunda etapa. Identificar los estándares de rendimiento profesional y requisitos de certificación aceptados internacionalmente. Adaptar los estándares de los modelos internacionales. Existen varios estándares internacionales a los que se puede recurrir. Entre las organizaciones más importantes e internacionalmente reconocidas que certifican a los ejecutivos de contrataciones pueden mencionarse la *National Association of Purchasing Managers* (NAPM) y el *Chartered Institute of Purchasing and Supply* (CIPS), pero existen otras instituciones que mantienen sistemas de certificación de profesionales en el área de contrataciones. Los programas de certificación del CIPS y de la NAPM

son modelos que deberían analizarse antes de terminar de delinear los estándares de rendimiento profesional.

Tercera etapa. Identificar a los miembros de una red de proveedores de capacitación. Obtener información de organizaciones públicas interesadas, entidades paraestatales y organizaciones no gubernamentales, al igual que de proveedores de capacitación del sector privado que puedan tener algún grado de interés. Estas organizaciones podrían participar en la segunda, tercera, cuarta, quinta y octava etapas. La amplia participación de dichas entidades debería producir los siguientes resultados:

- Un programa de capacitación perfeccionado gracias a su afinamiento.
- Mayor grado de aceptación entre las organizaciones participantes al sentirse propietarias del programa.

Cuarta Etapa. Establecer y coordinar planes de capacitación a nivel nacional. Impartir capacitación basada en estándares adaptados a las necesidades del país, establecidos como parte de la segunda etapa. Al desarrollar este proceso de capacitación resulta importante:

- Concentrarse en las aptitudes necesarias para aplicar una política de contrataciones recién establecida.
- Especificar la capacitación formal o medios alternativos para adquirir y demostrar estas aptitudes y competencias.
- Abarcar toda la escala de progresión desde los empleados que recién ingresan en la empresa hasta el nivel ejecutivo.

La progresión de profesionales al interior del personal debería basarse en pruebas de que el funcionario ha alcanzado el nivel de aptitudes necesario para desenvolverse sin problemas en los niveles sucesivos hasta lograr completar un currículo de cursos básicos que abarcan todas esas aptitudes. Debería impartirse una serie de cursos elementales basados en las principales responsabilidades funcionales de cada grupo destinatario. Por ejemplo, un funcionario de contabilidad no seguirá la misma serie de cursos que un comprador.

Además de las variaciones debidas a necesidades de niveles de aptitud, las entidades de contratación deberían actuar con prudencia y tener en cuenta las variaciones necesarias para adaptar áreas especializadas de contratación que requieren una consideración especial; por ejemplo, las contrataciones de obras públicas. Cuando se aplican los niveles y las variaciones

apropiados a cada profesional, surge como resultado el plan de administración de su carrera.

Quinta etapa. Elaborar o adaptar materiales para los cursos, fomentar la participación de los miembros de la red de capacitación. Se distinguen dos etapas esenciales:

- Diseño del curso. En la labor de diseño se incluyen la fijación de objetivos del curso, la adecuación de los estándares identificados previamente a los objetivos, la asignación de un nivel de aptitudes (conocimientos, comprensión, aplicación o análisis) apropiado para los destinatarios participantes.
- Creación o adaptación de materiales para los cursos.

Sexta etapa. Distribuir los materiales finales del curso a todos los miembros de la red de capacitación. No hay que limitar la distribución a aquellos que participaron en el proceso de desarrollo durante las primeras cinco etapas del programa. Es preciso garantizar particularmente que todas las fuentes potenciales de capacitación estén incluidas en la lista de distribución: instituciones educacionales que impartan capacitación relativa al área empresarial, capacitadores empresariales comercialmente disponibles y asociaciones empresariales profesionales. La existencia de materiales fácilmente disponibles puede incentivarlos para que:

- Utilicen los mismos objetivos y estándares identificados en materiales de cursos patrocinados por el Estado.
- Ofrezcan cursos sobre contrataciones de nivel profesional que de otra manera no hubieran incluido en sus programas.

Séptima etapa. Identificar recursos financieros para capacitación. El mejoramiento de las aptitudes del personal de contrataciones redundará en ahorros de costo para la organización. En consecuencia, teóricamente el programa debería pagarse por sí solo una vez que se haya puesto en marcha. En el corto plazo, sin embargo, existen dos fuentes potenciales de financiamiento:

- Recursos presupuestarios internos.
- Recursos de donantes.

Octava etapa. Verificar el éxito del programa de capacitación. La pregunta que se plantea en último término es: ¿Se está cumpliendo con los estándares establecidos? Para responderla cabalmente, en las evaluaciones habría que analizar tres niveles distintos de resultados:

- Resultados inmediatos. Si el programa es exitoso quedarán de manifiesto cambios en las aptitudes, los conocimientos o las actitudes, dependiendo de cuáles hayan sido los objetivos originales del curso.
- Resultados intermedios. Estos resultados se ven reflejados en el comportamiento durante el trabajo práctico. Por tanto, la evaluación involucra la supervisión del rendimiento en el trabajo de los alumnos participantes. Así pues, lo común es que la efectúe el supervisor del participante. Resulta útil proporcionar a los supervisores pautas y formularios tipo para que estructuren las evaluaciones.
- Resultados en el largo plazo. Estos resultados son el reflejo de cambios ocurridos en el funcionamiento de la organización como consecuencia de la capacitación. Normalmente es más difícil evaluar estos resultados ya que es posible que hayan influido otras variables fuera de la capacitación (las del programa de eficiencia, reducciones de personal, etc.).

2.C. La experiencia de los Estados Unidos

Resulta instructivo analizar la situación de los funcionarios de contrataciones y su capacitación en los Estados Unidos para formarse una idea más clara sobre lo que podría ser un sistema bien integrado. En este país, la autoridad para realizar contrataciones se transfiere por intermedio del Presidente a las autoridades políticas de los organismos del Poder Ejecutivo. A lo largo de los últimos 30 años se ha ejercido una constante presión desde el interior de las entidades públicas y del Congreso para mejorar la administración del sistema mediante el cual se asignan cada año cerca de US\$ 200.000 millones. Lo anterior ha redundado en una infraestructura de contrataciones públicas formada por organismos y personas responsables encargados de gastar el dinero destinado a contrataciones. Los empleados a cargo de las contrataciones, lo mismo que otros funcionarios públicos, están sujetos al Decreto Ejecutivo Presidencial 12674, del 12 de abril de 1989, “Principios de conducta ética para funcionarios y empleados públicos”.

2.C.1. Responsabilidades del ejecutivo superior de contrataciones

Según lo exige la ley (Ley OFPP, Título 41, Código de los Estados Unidos, Sección 414) cada jefe de organismo debe nombrar a un “ejecutivo superior de contrataciones” responsable de la gestión administrativa del sistema de adquisiciones de la entidad ejecutiva, incluida la aplicación de políticas, reglamentos y estándares originales y propios. Esta persona es

además responsable de la planificación del avance profesional y del ejercicio de la autoridad de contratación al interior de la entidad (Título 41, Código de los Estados Unidos, Sección 433).

Sólo los funcionarios de contrataciones pueden celebrar y suscribir contratos en nombre del gobierno. En algunos organismos, una cantidad relativamente pequeña de funcionarios de alto nivel son designados funcionarios de contrataciones sólo en virtud de su cargo. Los funcionarios de contrataciones son escogidos y nombrados tras haberse considerado su integridad y su experiencia. Ellos tienen la facultad para celebrar, administrar o rescindir contratos, así como para adoptar determinaciones y emitir veredictos relacionados. Estos funcionarios pueden comprometer al gobierno sólo en la medida de la facultad que les haya sido delegada y que reciben por escrito de la autoridad que los designa. El público debe tener fácil acceso a información sobre los límites de la autoridad de los funcionarios de contrataciones.

Los funcionarios de contrataciones son responsables de garantizar que se hayan cumplido todas las exigencias relativas a leyes, decretos ejecutivos, reglamentos y otros procedimientos pertinentes. Es su deber asegurar que se hayan adoptado todas las medidas necesarias para realizar contratos eficaces, garantizar la observancia de los términos del contrato y resguardar los intereses de los Estados Unidos en sus relaciones contractuales. Con el fin de cumplir estas responsabilidades, a los funcionarios de contrataciones se les pide que apliquen su criterio comercial con el máximo de tino.

Con el objeto de promover prácticas comerciales leales con los contratistas, los funcionarios de contrataciones tienen que garantizar que se dispone de fondos suficientes para cumplir con los compromisos estipulados en el contrato, que los contratistas recibirán un trato imparcial, justo y equitativo, y que solicitarán y considerarán los consejos de especialistas en auditoría, derecho, ingeniería, transporte y otras áreas, según sea apropiado.

La rescisión del nombramiento de un funcionario de contrataciones se realizará por carta, a menos que el Certificado de Nombramiento contenga otras disposiciones que incluyan la rescisión automática. La rescisión deberá obedecer a motivos tales como reasignación, cese en el empleo o desempeño insatisfactorio. Normalmente, los funcionarios de contrataciones encabezan un equipo de especialistas, asistentes y empleados en el área de contratos que preparan el documento que será firmado, proceso que suele incluir los llamados a licitación, la evaluación de las ofertas recibidas y la negociación de los términos del contrato si fuera necesario.

2.C.2. Gestión de la carrera profesional en el Departamento de Defensa

El Departamento de Defensa creó una Universidad de Adquisiciones de Defensa (*Defense Acquisition University* –DAU) en 1991, como un consorcio de 16 *colleges*, escuelas y organismos en el área de la defensa para impartir educación y capacitación en este campo. En 1990, el Título XII de la Ley Pública 101-510 añadió un nuevo capítulo 87 sobre Perfeccionamiento del Personal de Adquisiciones de Defensa al Título 10 del Código de Estados Unidos. Se exigió al Secretario de Defensa que estableciera políticas y procedimientos para administrar de manera eficaz y uniforme el personal en el Departamento de Defensa. La ley era aplicable sólo al personal de adquisiciones de defensa¹³. Los siguientes son algunos aspectos clave de la Ley:

- Requirió algunas calificaciones específicas en cuanto a educación, experiencia, exigencias de títulos y capacitación obligatoria para labores de adquisición (Cuadro 4, más abajo);
- Creó nuevas unidades de adquisición para personal de adquisición de nivel superior, con especiales exigencias de calificaciones para los gerentes de adquisiciones;
- Creó nuevas autoridades de educación y capacitación para oportunidades de educación cooperativa, un programa de becas, un programa de internado para progreso en la carrera y una nueva Universidad de Adquisiciones de Defensa;
- Requirió la creación de una base de datos para evaluar el progreso y exigió la entrega de informes anuales sobre la marcha del programa.

La aprobación de la Ley sobre Perfeccionamiento del Personal de Adquisiciones de Defensa incentivó la adopción de medidas para dotar a las entidades civiles de autoridades similares, de manera que las normas sobre gestión de la carrera fueran coincidentes en los organismos de defensa y civiles. Bajo el liderazgo de la OFPP y su Instituto de Adquisiciones Federales, el Congreso dio forma legal a estos requisitos, garantizando así que lo que muchos jefes de organismos ya estaban haciendo se haría ahora en forma universal y coherente.

¹³ Al interior del Departamento de Defensa, dentro del personal de “adquisiciones” se incluyen gerentes de programas y otros funcionarios que participan en la labor de crear sistemas militares, lo mismo que funcionarios que en los organismos civiles se designan comúnmente con el término “contrataciones”.

En virtud de la Ley de Reforma de las Adquisiciones Federales (*Federal Acquisition Reform Act*—FARA) de 1996, a la OFPP se le confirió la autoridad explícita sobre el personal de adquisiciones federales en una nueva sección 433. El jefe de cada organismo ejecutivo, tras consultar con el Administrador de Políticas sobre Contrataciones Federales, debe establecer políticas y procedimientos para la administración eficaz (incluidos el acceso a determinados cargos, la educación, la capacitación, el avance en la carrera e incentivos al desempeño) del personal de adquisiciones del organismo.

El ejecutivo superior de contrataciones de la entidad tiene que aplicar esta autoridad, lo cual debe incluir la elaboración de un plan para el progreso en la carrera del personal del organismo. En relación con cada una de esas carreras, el jefe de cada organismo ejecutivo tiene la obligación de fijar requisitos para completar los trabajos exigidos en los cursos y la capacitación práctica en las labores y tareas críticas relativas a las compras. El jefe de cada organismo ejecutivo tiene, además, el deber de alentar a los empleados para que mantengan al día sus conocimientos sobre adquisiciones y en términos generales perfeccionen sus nociones sobre otras disciplinas relacionadas con la administración de adquisiciones mediante programas académicos y otras actividades de desarrollo personal.

Con el fin de promover mejoras en el desempeño, cada jefe de organismo tiene que aplicar un sistema de incentivos para recompensar el desempeño de los empleados que contribuyan a alcanzar los objetivos de rendimiento de la empresa. Entre estos incentivos se incluyen aumentos de sueldo y ascensos más rápidos. El jefe del organismo, a través del Ejecutivo Superior de Contrataciones, también es responsable de establecer requisitos de calificación para incorporarse al personal, y de reservar fondos para financiar la capacitación del personal.

2.C.3. ¿Cuán profesional es el personal de compras?

La necesidad de contar con una estrategia global para el personal de contrataciones fue confirmada por la encuesta¹⁴ aplicada al personal de contrataciones públicas en la serie ocupacional de especialistas en contratos (1102), realizada por la Junta de Protección del Sistema de Méritos (*Merit System Protection Board*—MSPB).

La MSPB efectuó esta encuesta como parte de su amplio cuerpo de funciones como organización, que incluye la verificación de tendencias en el personal federal. Los funcionarios de contrataciones han sido a me-

¹⁴ *Workforce Quality And Federal Procurement: An Assessment*. Julio de 1992. U.S. Merit Systems Protection Board, 1120 Vermont Avenue, NW, Washington, DC 20419.

CUADRO 4 PROGRAMA DE PROGRESO EN LA CARRERA DE ADQUISICIONES DEL DEPARTAMENTO DE DEFENSA DESTINADO AL PERSONAL DE CONTRATACIONES¹⁵

	Requisitos de educación	Requisitos de capacitación
Primer nivel (oficial subalterno y equivalentes en el ámbito civil)	<p><i>Obligatorios:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> a. Título obtenido en un college o b. 24 horas de trabajos de curso a nivel de college en materias comerciales, o c. aprobar un examen de equivalencia o d. contar con al menos 10 años de experiencia al 1 de octubre de 1991. 	<p><i>Obligatorios:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> a. Haber seguido un curso de nivel básico sobre contrataciones en la Universidad de Adquisiciones de Defensa. b. Haber seguido un curso de nivel básico sobre fijación de precios de contratos en la Universidad de Adquisiciones de Defensa.
Segundo nivel (oficial con grado de coronel, teniente coronel o mayor y equivalentes en el ámbito civil).	<p><i>Obligatorios:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> a. Título a nivel de college o b. 24 horas de trabajos de curso a nivel de college en materias comerciales, o c. aprobar un examen de equivalencia o d. contar con al menos 10 años de experiencia al 1 de octubre de 1991. <p><i>Deseables:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> a. Estudios de postgrado en administración de empresas o contrataciones. 	<p><i>Obligatorios:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> a. Haber seguido un curso de nivel intermedio sobre derecho contractual en la Universidad de Adquisiciones de Defensa. b. Haber seguido un curso de nivel intermedio sobre análisis de precios y costos en la Universidad de Adquisiciones de Defensa. c. Haber seguido un curso de nivel intermedio sobre operaciones contractuales o gestión de contratos en la Universidad de Adquisiciones de Defensa.
Tercer nivel (oficial superior y equivalentes en el ámbito civil).	<ul style="list-style-type: none"> a. Título a nivel de college o b. 24 horas de trabajos de curso a nivel de college en materias comerciales, o c. aprobar un examen de equivalencia o d. contar con al menos 10 años de experiencia al 1 de octubre de 1991. <p><i>Deseables:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> Título de Master en administración de empresas o en contrataciones. 	<p><i>Obligatorios:</i></p> <p>Haber seguido un curso de nivel avanzado sobre contrataciones de nivel ejecutivo en la Universidad de Adquisiciones de Defensa.</p> <p>Haber seguido un curso de nivel avanzado sobre operaciones de contratación o gestión de contratos en la Universidad de Adquisiciones de Defensa.</p> <p><i>Deseables:</i></p> <p>Capacitación de dos semanas en administración y liderazgo.</p>

¹⁵ Fuente: DOD Manual 5000.52-M.

nudo objeto de críticas por actos cuestionables en operaciones de contratación. Un aspecto clave que la MSPB intentó abordar en la encuesta fue la calidad del personal de contrataciones federales.

La MSPB escogió analizar empleos en el ámbito de las contrataciones, incluidos el de especialista en contratos, negociador de contratos, analista de contrataciones y otros puestos similares. Las encuestas se enviaron a aproximadamente 9.300 personas en la serie ocupacional GS 1102, distribuidas entre personas de todas las categorías profesionales y en todos los organismos públicos que emplean especialistas en contrataciones. Las encuestas fueron contestadas por 5.800 especialistas en contrataciones.

Mediante una segunda encuesta, enviada al supervisor de cada empleado seleccionado, se obtuvo una evaluación independiente de la calidad del trabajo de cada empleado. En el caso de los supervisores, 5.460 respondieron la encuesta.

En la encuesta de la MSPB se pidió a los empleados que se autoevaluaran en nueve aptitudes básicas¹⁶ consideradas críticas en el área de las contrataciones. Se les pidió que proporcionaran calificaciones en una escala de cuatro puntos que fluctuaba entre (1), que indicaba que no poseen esa aptitud, y (4) que indicaba que poseían esa aptitud en un alto grado. También se solicitó a los supervisores que calificaran a los empleados en estas nueve aptitudes, utilizando la misma escala de cuatro puntos. El promedio de las calificaciones entregadas por los empleados superó el de las proporcionadas por los supervisores.

Un porcentaje considerable de empleados y supervisores creía que existía la necesidad de mayor capacitación en casi todos los aspectos de la labor desempeñada por los especialistas en contratos. Puesto que resulta difícil medir el desempeño laboral real en un área como las contrataciones, la MSPB intentó analizar una diversidad de mediciones potenciales del desempeño para determinar la calidad del trabajo realizado por especialistas en contrataciones federales. En el caso de los empleados lo anterior incluyó calificaciones de evaluación del desempeño anual y reconocimientos recibidos.

La MSPB también procuró obtener un cuadro más completo de la calidad de la labor que cumplen los especialistas en contrataciones federales al recopilar información sobre su labor entrevistando a personas que dependen del trabajo que ellos realizan; es decir, los clientes del proceso de contratación. Lo anterior se realizó mediante dos encuestas adicionales: una que fue distribuida entre miembros del Servicio Ejecutivo Superior y

¹⁶ Las aptitudes esenciales identificadas para la encuesta fueron: planificación y organización; relaciones humanas; capacidad analítica; comunicación oral; innovación en la escritura; poner en marcha iniciativas; efectuar negociaciones.

una segunda que fue enviada a empresas del sector privado que en la actualidad tienen contratos con el gobierno. A los encuestados se les preguntó acerca de la eficacia general de las prácticas de contrataciones federales, la calidad de los productos recibidos por el gobierno del sector privado y la calidad del desempeño de cada uno de los especialistas en contrataciones con que les tocó tratar.

Se recibieron respuestas de más de 900 gerentes de Servicios Ejecutivos Superiores con algún grado de participación en el proceso de contratación. Su reacción fue que si bien estimaban que los funcionarios de contrataciones estaban básicamente bien capacitados y actuaban con imparcialidad, les parecía que el sistema de contrataciones no resultaba beneficioso para el gobierno. Existía un consenso en cuanto a que el sistema involucraba un grado excesivo de tramitación burocrática con funcionarios de contrataciones que no respondían a las necesidades de sus clientes.

También se recibieron respuestas de más de 300 contratistas, quienes indicaron que el proceso de contrataciones era visto como un mecanismo lento y engorroso, y posiblemente no beneficiaba al público. Los funcionarios de contrataciones eran considerados personas de fácil trato y corteses, pero con un nivel de capacitación y conocimientos menor que el que desearían muchos contratistas.

En la encuesta de la MSPB quedó demostrado que es necesario preocuparse del personal y del proceso de contrataciones para mejorar el sistema de contrataciones públicas.

Si bien se han gastado anualmente muchos millones de dólares en capacitación sobre contrataciones, los ejecutivos en esta área han proporcionado una asesoría insuficiente para pronosticar y presupuestar las necesidades de capacitación en la materia. El único departamento que contaba con avanzados procesos de predicción y de preparación de presupuestos era el de Defensa. Se desconocía la magnitud de las necesidades de la mayoría de los organismos públicos. De modo que el monto de dinero asignado a la capacitación del personal de contrataciones era esencialmente desconocido y difícil de administrar, tanto a nivel de los organismos como en todos los ámbitos del gobierno.

Si bien la encuesta de la MSPB suministró datos objetivos sobre lo que aún se requería para mejorar la calidad y el nivel profesional del personal, los organismos debieron luchar realizando esfuerzos fragmentarios para mejorar la situación.

3. SISTEMAS DE PROTESTA Y DISPUTA

Las quejas sobre actos gubernamentales formuladas por licitantes decepcionados tanto antes como después de la adjudicación de contratos permiten mejorar los procesos de contratación. Se trata de un importante mecanismo de autosupervisión para garantizar una adecuada administración al permitir que las personas más afectadas por el sistema hagan presentes los problemas que les aquejan. Las reclamaciones fundadas de los proveedores obligan a revisar los actos cuestionables o indebidos de modo de fortalecer el sistema de contrataciones y mantener la integridad y la responsabilidad del gobierno.

Las quejas que surgen antes de la adjudicación del contrato —o durante la etapa de elaboración del mismo— se conocen generalmente como *protestas*. Las quejas formuladas tras la adjudicación —o durante la fase de firma del contrato— se suelen denominar *disputas* en torno al contrato.

Un licitante puede sostener también que está siendo perjudicado porque no se siguieron procedimientos competitivos adecuados. Las leyes de contratación que proporcionan un medio para presentar un recurso normalmente designan el foro o los foros donde se pueden interponer esos recursos. En la mayoría de los países se recomienda el organismo contratante como la primera instancia de revisión, con la posibilidad de ulteriores revisiones en instancias de autoridad superiores.

Por añadidura, en algunos países la legislación considera la posibilidad de presentar recursos ante cuerpos administrativos, o de interponerlos judicialmente mediante un tribunal. En algunos países las reclamaciones sobre contrataciones deben ser resueltas por un tribunal arbitral, cuya composición en algunos casos está estipulada en la ley sobre contrataciones. Por lo general, los cuerpos administrativos independientes son reconocidos como un mecanismo eficiente para tratar reclamaciones sobre contrataciones, en lugar de llegarse al extremo de exigir que se interpongan acciones judiciales. Lo anterior ocurre especialmente en los casos en que existe la posibilidad de revisiones judiciales incluso después de una revisión administrativa.

3.A. La Experiencia de los Estados Unidos

En los Estados Unidos existen diversos foros donde se pueden revisar las protestas. Un reclamante puede recusar un llamado a licitación ante el organismo contratante, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Reclamaciones Federales, o cortes de distrito estadounidenses. Las protestas dirigidas al funcionario de contrataciones en el organismo de contratación son

CUADRO 5 FOROS PARA RECUSAR PROPUESTAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Foro	Criterio de revisión	Observaciones
El propio Servicio u organismo contratante	Revisiones administrativas para garantizar que los actos se han ajustado a las políticas, las leyes y los reglamentos.	Entrega a la administración superior información sobre cómo están desempeñando su labor los funcionarios de contrataciones. Es probable que no se la considere tan objetiva.
Tribunal de Cuentas	Revisión para determinar si se ha transgredido la ley o un reglamento, presumiéndose que el organismo actuó con corrección, y aceptándose su versión a menos que sea refutada.	El Tribunal de Cuentas aplica procesos más formales, incluida la posibilidad de celebrar audiencias.
Cortes de distrito (Poder Judicial)	Revisión para determinar si se han violado claramente las leyes o los reglamentos pertinentes, o si no existen fundamentos razonables para que el gobierno entable una acción.	El reclamante tiene que demostrar que el Gobierno violó un estatuto creado para proteger los intereses del Estado (por ejemplo, la Ley sobre Pequeñas Empresas).
Tribunal de Reclamaciones Federales	Revisión para determinar si se han violado claramente los estatutos o los reglamentos, o si no existen fundamentos razonables para que el gobierno entable una acción	Cuenta con jurisdicción a nivel nacional, puede celebrar audiencias en todo el país, y cuenta con más experiencia en estos asuntos debido a su competencia para resolver controversias sobre la ejecución de contratos.

menos costosas y no traen consigo necesariamente demoras importantes, aunque sí conllevan una percepción de que el funcionario de contrataciones no es imparcial en la revisión de una recusación de su decisión. Los diversos foros de protesta ofrecen a los contratistas la posibilidad de escoger la jurisdicción dependiendo de los criterios que ellos estiman que son aplicables a sus reclamaciones, las cuales se consignan en la Cuadro 5.

La gran mayoría de las protestas se formulan ante el foro administrativo del Tribunal de Cuentas. Si una protesta se presenta antes de la adjudicación, el gobierno debe suspender las operaciones de contratación salvo en casos de urgencia y de fuerza mayor. Por lo general, una protesta puede presentarse en cualquier fecha anterior a la fecha de cierre para recepción de las ofertas (por ejemplo, cuestionar la equidad de un documento de llamado a licitación), o dentro de 10 días tras la adjudicación del contrato (por ejemplo, impugnar la adjudicación).

Si el reclamante gana el caso, es probable que se solicite al gobierno que vuelva a llamar a licitación, reevalúe las ofertas, cancele el contrato (si ya ha sido adjudicado), o adopte alguna otra medida pertinente. En muchos casos el reclamante está facultado para exigir que se le reintegren los costos de elaboración de su propuesta u oferta, lo mismo que los honorarios de su abogado.

Las disputas se tramitan mediante procedimientos especiales estipulados en todos los contratos del gobierno estadounidense de conformidad con normas establecidas en el Reglamento sobre Adquisiciones Federales en virtud de la Ley de Disputas sobre Contratos promulgada en 1978 (Título 41, Código estadounidense, secciones 601-613). En la cláusula se describen las medidas que deben adoptar el contratista y el funcionario de contrataciones para resolver el problema.

Lo que se le exige fundamentalmente al gobierno es que la ejecución del contrato siga su curso hasta que éste se complete, incluso cuando existe un desacuerdo. El contratista acepta esta condición y el gobierno accede a pagar al contratista el monto adjudicado con intereses. Si bien el funcionario de contrataciones representa la primera instancia de revisión en cualquier disputa, el contratista puede insistir en la presentación de su queja al interior del organismo ante una Junta de Apelación de Contratos independiente, e incluso ante los tribunales federales.

4. SISTEMAS DE CONTROL DE CALIDAD Y DE REVISIÓN

Los controles internos y externos del sistema de contrataciones, aplicados de manera razonable, pueden dar como resultado enfoques más uni-

formes en materia de políticas, un mejoramiento en el control de costos y la disminución de casos de corrupción o despilfarro.

Puesto que normalmente no se espera que los Estados exhiban utilidades similares a las de empresas del sector privado, no es fácil medir objetivamente el rendimiento. Los tipos de revisiones internas y externas aplicados por la mayoría de los gobiernos proporcionan al menos una base para juzgar el grado de eficiencia con que se han utilizado los recursos. Si consideramos el proceso de políticas públicas como un ciclo, veremos que es preciso adoptar y revisar ciertas medidas como parte de un marco de referencia para sistemas de control de calidad y de revisión.

4.A. Las autoridades de aprobación y los Auditores Externos

El personal de contrataciones participa en cierto grado en todos los aspectos del proceso de contrataciones, pero depende de otros funcionarios al interior de la organización para cumplir etapas de mayor importancia en muchos aspectos del proceso. Los que participan en un proceso de contrataciones públicas han recibido funciones de acuerdo con la ley del organismo, en virtud de la cual una parte, conocida como el mandante, designa a una segunda, conocida como el agente, para que celebre un contrato con una tercera parte en nombre del mandante.

En las contrataciones públicas el mandante es el organismo público. El agente es un funcionario del organismo público que ha sido autorizado para adquirir bienes y servicios. Normalmente, al funcionario facultado para realizar compras se le asigna el cargo de funcionario de contratos, agente de compras, funcionario de contrataciones, etc. Utilizaremos el término funcionario de contratos para identificar a la persona que está autorizada para firmar contratos públicos.

Fuera de los funcionarios que participan directamente, por lo general se asignan funciones indirectas a otras personas dentro del organismo público con el fin de incorporar un sistema de pesos y contrapesos, entre los que se incluyen las autoridades de aprobación y los auditores.

Las autoridades de aprobación son funcionarios públicos que deben aprobar medidas específicas en el proceso de contrataciones antes de que se concreten. Para que esa aprobación funcione como un control interno eficaz generalmente no se exige para todos los actos.

Por ejemplo, puede que se necesite una aprobación antes de la adjudicación. Normalmente, esas aprobaciones sólo se exigen en casos en que se supere cierto umbral monetario, aunque se pueden especificar diversos umbrales para determinados tipos de adjudicación. Por ejemplo, en las adjudicaciones de carácter delicado, como las armas destinadas a las

FFAA., se puede aplicar un umbral de aprobación distinto que en el caso de adjudicaciones de suministros de oficina para los organismos públicos.

Otras revisiones comunes que corresponden a las autoridades de aprobación son:

- Revisiones de documentos presupuestarios para aprobación de presupuestos.
- Revisiones de llamados a licitación antes de su difusión en la comunidad empresarial.
- Revisiones de fechas de importancia clave para adquisiciones en mayor escala o sensibles al tiempo.

El nivel de participación de las autoridades de aprobación depende en cierta medida del grado de centralización o descentralización con el sistema de contrataciones públicas en cuestión. Las autoridades de aprobación tendrán un papel más activo en un sistema centralizado que en la mayoría de los demás sistemas. En cualquier caso, el sistema de frenos y equilibrios que requiere la supervisión por parte de funcionarios de aprobación se encuentra integrado en el proceso regular de compras individuales.

Los funcionarios de auditoría externa fiscalizan el sistema de contrataciones públicas en general. Puede haber más de un grupo de auditoría que supervise un sistema de contrataciones públicas. Por ejemplo, si un sistema de contrataciones públicas forma parte de un ministerio de Hacienda, este último debe contar con un inspector general o una organización de auditoría interna que revise las operaciones de la oficina contratante en forma periódica.

Al mismo tiempo, en el Parlamento de ese país también puede existir una organización fiscalizadora externa que reciba instrucciones de los parlamentarios para analizar asuntos tales como conflictos de interés, el grado de competencia en las adquisiciones públicas, etc. Resulta esencial que el personal de auditoría comprenda profundamente la forma en que debería operar la oficina de contrataciones públicas.

Por lo general, estas organizaciones de auditoría utilizan muestreos y listas de control para determinar si la oficina contratante cumple con las leyes y los reglamentos o el grado en que se desvían de los estándares de prácticas de contratación aceptables. Se requieren estándares aplicables a los auditores internos que efectúen esas revisiones de políticas y programas en una organización.

La Organización Internacional de Instituciones de Auditoría Suprema (*International Organization of Supreme Audit Institutions –INTOSAI*) fue creada para proporcionar esos estándares, trabajando conjuntamente con

sus miembros provenientes de gobiernos de todo el mundo. El Comité de Estándares de Control Interno de la INTOSAI publicó en 1992 una serie de directrices¹⁷ que definen los controles administrativos como mecanismos que:

“promueven operaciones ordenadas, económicamente eficaces y eficientes, lo mismo que productos y servicios de calidad en consonancia con la misión de la organización; protegen los recursos contra pérdidas debidas a despilfarro, uso indebido, mal manejo, errores, fraude y otras irregularidades; adhieren a leyes, reglamentos y directivas de administración; y producen y mantienen datos financieros y administrativos confiables y divulgan esa información equitativamente en informes emitidos oportunamente”.

4.B. La Experiencia de los Estados Unidos

Al interior de los Estados Unidos, los funcionarios de contratación dependen de auditores internos para ayudar a establecer precios indicativos de negociación y supervisar la ejecución del contrato. Estos auditores están especialmente capacitados para esta labor y trabajan principalmente en el Organismo de Auditoría de Contratos de Defensa, prestando servicios a entidades del sector de defensa y civil, según sea necesario.

4.B.1. Organismo de Auditoría de Contratos de Defensa

El Organismo de Auditoría de Contratos de Defensa (*Defense Contract Audit Agency* –DCAA) ofrece a los funcionarios de contrataciones una amplia variedad de productos y servicios¹⁸: durante la fase previa y posterior a la adjudicación en el proceso de contrataciones, lo mismo que labores de supervisión en la sede del contratista cuando la magnitud del contrato lo justifique o cuando el funcionario de contrataciones lo solicite. En la fase previa a la adjudicación, los servicios de auditoría de contratos incluyen la revisión de:

- Proposiciones de precios.
- Estudios previos a la adjudicación.
- Costos futuros de la mano de obra y gastos de administración.

¹⁷ *Management Control in Modern Government Administration: Some Comparative Practices*. OCD/GD(96)16 Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, París 1996, Anexo.

¹⁸ Esta información fue tomada del sitio en internet de la DCAA en www.dcaa.mil.

En la fase posterior a la adjudicación, los servicios de auditoría de contratos incluyen la revisión de:

- Gastos incurridos/tasas anuales de gastos de administración.
- Rectitud en el cumplimiento de la Ley de Negociaciones.
- Cumplimiento con los estándares de contabilidad de costos y adecuación a los mismos.
- Reclamaciones.
- Capacidad financiera.

Cuando lo exigen los reglamentos y las disposiciones de los contratos, los auditores del DCAA revisan el sistema de control interno de un contratista en las siguientes áreas para garantizar que se dispone de información adecuada, comprender la base de las propuestas de contrato individuales y otras operaciones relativas a los contratos:

- Contabilidad.
- Estimación.
- Procesamiento electrónico de datos.
- Remuneración.
- Facturación.
- Elaboración de presupuestos.
- Gestión de materiales.
- Mano de obra.
- Adquisición.
- Costos indirectos y de otra naturaleza.

Fuera de cumplir funciones de auditoría formales, los auditores del organismo ofrecen asesoría en negociaciones a funcionarios de contrataciones, incluidos la investigación y el análisis de información del contratista.

En 1998 el DCAA auditó 10.473 propuestas de precio por un valor total en dólares de US\$ 78.700 millones. Durante ese mismo período el DCAA informa haber auditado gastos incurridos y auditorías especiales por US\$ 104.500 millones. Aproximadamente US\$2.200 millones en ahorros netos fueron declarados durante el año por un costo de US\$ 370,3 millones gastados en operaciones del organismo.

4.B.2. Inspectores Generales (Auditoría interna)

Estos son auditores internos especiales asignados a la oficina del Inspector General en cada organismo principal. El Congreso aprobó la Ley

del Inspector General en 1978, mediante la cual se creó la auditoría independiente y oficinas de investigación al interior de 12 organismos federales. Antes de que esto ocurriera, la mayor parte de la auditoría federal y de los recursos de investigación se encontraban en las oficinas de programa que ellos estaban revisando. En el año fiscal 1998 había 57 Oficinas del Inspector General (OIG) que prestaban servicios de supervisión a 59 organismos federales.

El término “inspector general” deriva de la revisión militar independiente de la preparación de las tropas para el combate. En la actualidad hay soldados “de civil” encargados de detectar y prevenir actos de fraude, despilfarro y uso indebido, y de promover el ahorro, la eficacia y la eficiencia, de modo que sus organismos puedan prestar un mejor servicio al público.

El principal aspecto en que los soldados “de civil” se diferencian de otros funcionarios federales es su independencia. La Ley del Inspector General autoriza a los soldados para:

- realizar esas investigaciones y emitir esos informes cuando lo estimen apropiado (con excepciones limitadas en casos de seguridad nacional y de aplicación de la ley).
- Emitir citaciones para conseguir información y documentos fuera del organismo (con las mismas excepciones limitadas).
- Tener acceso directo a todos los registros y la información del organismo;
- Tener acceso expedito a los jefes de los organismos;
- Tomar juramento para tomar declaraciones.
- Contratar y controlar su propio personal y contratar recursos.
- Solicitar asistencia de cualquier gobierno federal, estatal o local.

Expresado en términos sencillos, los soldados cumplen dos funciones específicas: detectar problemas actuales e informar sobre ellos y fomentar la gestión adecuada de programas para evitar futuros problemas. Su misión reglamentaria consiste en:

- realizar y supervisar auditorías e investigaciones relativas a los programas y operaciones de sus organismos.
- Revisar la legislación y los reglamentos actuales y propuestos en relación con los programas y las operaciones de sus organismos.
- Liderar actividades destinadas a fomentar el ahorro, la eficacia y la eficiencia, y combatir el fraude, el despilfarro y el abuso en los programas de sus organismos.

- Informar a los jefes de sus organismos y al Congreso de problemas en los programas de sus agencias.

Los soldados que trabajan en departamentos a nivel de gabinete y en las principales entidades a nivel subministerial son designados por el Presidente y confirmados por el Senado. El Presidente es el único que puede removerlos de su cargo. Los soldados que prestan servicios en organismos y corporaciones independientes de menor importancia son nombrados por los jefes de las entidades, quienes pueden también destituirlos. En cualquiera de ambos casos, es preciso notificar a ambas cámaras del Congreso de las razones para la exoneración¹⁹.

Es importante conseguir un equilibrio adecuado entre los papeles de investigador y de consultor que cumple el auditor interno. En la Revisión Nacional del Rendimiento del sistema de contrataciones públicas se descubrió que en algunos casos se requerían 23 firmas para autorizar la compra de un computador²⁰.

Lo anterior se debía en gran parte a todas las restricciones y revisiones impuestas al sistema de contrataciones tras años de haberse recomendado la aplicación de controles más estrictos. En dicha revisión se procuró mejorar las operaciones de contratación sin perjuicio de la rendición de cuentas por las infracciones. Permitió que los auditores internos y otros funcionarios analizaran con mayor detalle estos sistemas y establecieran controles más eficientes y eficaces sobre el sistema, incluido el perfeccionamiento de la capacitación del personal federal.

En mayo de 1992 el Presidente George Bush creó por medio del Decreto Ejecutivo 12805 el Consejo Presidencial sobre Integridad y Eficiencia (*Council on Integrity and Efficiency* –PCIE), compuesto por todos los Inspectores Generales nombrados por el Presidente²¹.

Asimismo, el Decreto Ejecutivo especifica que la Oficina de Ética Gubernamental, la Oficina de Asesoría Legal Especial, el FBI y la Oficina de Administración y Presupuesto son miembros del PCIE. El Director Adjunto para Administración en la Oficina de Administración y Presupuesto

¹⁹ Nota del Editor: Esta característica distingue a los Inspectores Generales de los Auditores Internos creados en Chile en 1994, cuando se creó el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (CAIGG), pues éstos son designados por el Jefe de Servicio al que informan.

²⁰ *Reinventing Procurement*, Accompanying Report of the National Performance Review, Office of the Vice President, Washington. Septiembre de 1993, p. 3 (www.npr.gov/library/nprpt/annrpt/sysrpt93/reinven.html).

²¹ Nota del Editor: En 1994 el Presidente Frei creó el Consejo de Auditoría Interna General (CAIGG), que reunió a los auditores internos de todos los ministerios y fue presidido por el señor Rodrigo Moraga.

preside el Consejo y un soldado ocupa el cargo de vicepresidente. El PCIE tiene la misión de realizar proyectos de auditoría, inspección e investigación entre organismos y entre entidades para abordar con eficiencia y eficacia problemas de fraude, despilfarro y abuso que afectan todo el ámbito gubernamental. El Consejo logra este objetivo mediante las actividades de comités. Entre los comités establecidos del PCIE se incluyen: Auditoría, Inspección y Evaluación, Integridad, Investigaciones, Legislación y Desarrollo Profesional.

Existe, además, un Consejo Ejecutivo de Integridad y Eficiencia (*Executive Council on Integrity and Efficiency* –ECIE). El ECIE y el PCIE son equivalentes, salvo que el ECIE está compuesto principalmente por los inspectores generales designados. Un miembro del ECIE oficia de representante del Consejo en cada uno de los comités del PCIE.

4.B.3. Tribunal de Cuentas

El organismo fiscalizador de auditoría externa en los Estados Unidos es el Tribunal de Cuentas, el brazo investigador del Congreso. La misión del Tribunal consiste en ayudar al Congreso a supervisar los programas y las operaciones federales para garantizar una rendición de cuentas apropiada. El personal del Tribunal es un equipo multidisciplinario de evaluadores, auditores, abogados, economistas, analistas de políticas públicas, especialistas en informática y otros profesionales.

El Tribunal presta una diversidad de servicios, el más importante de los cuales consiste en auditorías y evaluaciones de programas y actividades gubernamentales. La mayoría de estas revisiones se efectúan en respuesta a peticiones específicas del Congreso. El Tribunal tiene el deber de realizar las tareas solicitadas por los presidentes de los Comités del Congreso. Como cuestión de política, este Tribunal asigna la misma importancia a las solicitudes de miembros pertenecientes a la minoría como a las de la mayoría dentro de esos comités parlamentarios.

El Tribunal de Cuentas fue creado en virtud de la Ley de Presupuesto y Contabilidad de 1921 (31 USC 702), con el fin de auditar en forma independiente los organismos públicos. Con el paso de los años el Congreso ha extendido la autoridad de auditoría del Tribunal, le ha añadido nuevos deberes y responsabilidades y ha fortalecido la capacidad del Tribunal para actuar con independencia.

El Tribunal es dirigido y controlado por el Contralor General de los Estados Unidos, quien es nombrado por el Presidente con el consejo y el consentimiento del Senado por un período de 15 años. Está organizado de tal manera que los miembros del personal se concentran en mate-

rias específicas, lo cual les permite alcanzar un nivel detallado de conocimientos. Cuando en una tarea se requiere experiencia especializada no disponible al interior del Tribunal, el personal de planta es asesorado por expertos externos. Los funcionarios del Tribunal trabajan en el terreno para recopilar datos, someter a prueba las transacciones y observar de primera mano cómo se están llevando a cabo los programas y las actividades gubernamentales.

El Tribunal realiza auditorías financieras, revisiones de programas, investigaciones, presta asesoría legal, y efectúa análisis de políticas y programas, además de encargarse de analizar todas las materias relacionadas con la recepción y el desembolso de fondos públicos

4.B.4. Ley de Libertad de Información

Otra área en que la legislación resulta pertinente es la disponibilidad de información pública. El control de la información puede en sí representar una vía de comportamiento corrupto ya que la información de que disponen ciertos gobiernos (datos de censos) puede venderse como un producto. La existencia de políticas claras sobre qué información debería divulgarse al público y en qué condiciones podría ayudar a promover un mayor grado de acceso del público a decisiones y políticas gubernamentales. Un medio de acceso básico a los registros del Gobierno es a través de la Ley de Libertad de Información (*Freedom of Information Act* –FOIA).

La Ley de Libertad de Información, 5 U.S.C. § 55, permite a las personas solicitar copias de archivos que normalmente no han sido diseñados para su distribución abierta o que de otro modo no estarían disponibles al público. La FOIA se aplica sólo a los archivos existentes y no exige a los organismos crear nuevos archivos para cumplir con una solicitud. Tampoco obliga a las entidades a recopilar información que no poseen o a realizar investigaciones o analizar datos para un solicitante. Más aún, las solicitudes basadas en la FOIA deben ser lo suficientemente específicas para permitir que un empleado familiarizado con la materia localice los archivos dentro de un plazo razonable.

En virtud de la FOIA, el acceso a ciertos archivos puede serle negado total o parcialmente al solicitante si están considerados dentro de una de nueve excepciones o ciertas exclusiones de la FOIA. En algunos casos, el organismo puede facilitar copias de todos los archivos solicitados. Sin embargo, en otras oportunidades, parte o la totalidad de la información requerida es delicada y por tanto retenida según lo permite la FOIA. Las excepciones de la FOIA para retener al menos parte de la información se incluyen en las siguientes categorías:

- Excepción para proteger información cuya difusión está prohibida por otras leyes, tales como Informes Confidenciales sobre Divulgación de Información Financiera.
- Excepción para proteger secretos comerciales, lo mismo que información comercial o financiera privilegiada o confidencial.
- Excepción para proteger ciertas comunicaciones deliberativas antes de la toma de decisiones que se envían entre organismos o al interior de los mismos.
- Excepción para proteger información sobre personas cuando su divulgación podría representar un caso claro de invasión injustificada de la intimidad personal.
- Excepción para proteger archivos de información recopilada para efectos de aplicación de la ley, si ciertos intereses pudieran verse perjudicados por la divulgación, incluidos los casos en que razonablemente cabría esperar que la difusión interfiriera con procedimientos de aplicación de la ley o constituya una invasión injustificada de la vida privada.
- Excepción para proteger la información sobre instituciones financieras reguladas.
- Excepción para proteger información o datos geológicos o geofísicos, incluidos mapas de pozos petrolíferos.
- Excepción para proteger información clasificada.

En caso de que un organismo apele a una o más de las excepciones de la FOIA para negar a un solicitante acceso a archivos, en la carta de respuesta se le deberá informar de ese recurso, y además se le notificará que tiene derecho a apelar administrativamente ante la agencia de esta negativa inicial.

4.B.5. Estímulos y protección a los denunciantes

El público en general también puede ayudar a identificar y a corregir abusos de los contratistas haciendo uso de los procesos *qui tam*. Esta frase latina se refiere a un procedimiento judicial que significa “quien entabla un juicio en nombre del rey y del propio en esta materia”²². En virtud de las enmiendas a la Ley de Reclamaciones Fraudulentas introducidas en 1986, cualquier persona puede entablar una acción civil amparada en la Ley “por la persona y por los Estados Unidos”. La acción judicial se entabla

²² Nash, Schooner & O'Brien, *The Government Contracts Reference Book*; The George Washington University Law School, Washington, DC; 1997; p. 430.

en nombre de los Estados Unidos (31 USC 3730 b). Los querellantes *qui tam* reciben parte del dinero recobrado por el gobierno de manos del contratista y se les concede protección para denunciantes dispuesta por la ley.

Quienes transgreden la Ley de Reclamaciones Fraudulentas se exponen a una multa que asciende a tres veces el monto en dólares defraudado al gobierno y a sanciones administrativas que van de US\$ 5.000 a US\$ 10.000 por cada reclamación fraudulenta. Un querellante *qui tam* puede recibir entre un 15% y un 30% del monto total recuperado de manos del demandado, ya sea mediante un fallo favorable o un acuerdo judicial. Para tener derecho a recuperar dinero en virtud de esta Ley es preciso presentar una demanda *qui tam* y no basta con limitarse a informar al gobierno sobre una transgresión. La gratificación se recibe sólo si, y después de que, el gobierno recupera dinero de manos del demandado como resultado del juicio entablado por el beneficiario.

Lo anterior permite alentar a empleados que están al tanto de una infracción para que entablen una acción civil contra un empleador o contratista que ha estafado al gobierno. Si el Departamento de Justicia interviene en el caso, asume la principal responsabilidad por llevar adelante la querrela. Sin embargo, incluso en los casos en que el Departamento de Justicia no interviene o se niega a intervenir, el querellante *qui tam* puede seguir con la acción judicial hasta su conclusión.

Un “sistema de gratificación” de este tipo puede resultar muy eficaz para transformar a los empleados del contratista en informantes de los delitos de su empleador. Pero este incentivo puede dar lugar a que se entablen juicios incluso cuando la causa es insuficiente. En último término, serán los tribunales los que determinarán si existe uso o abuso de este derecho a medida que el proceso siga su curso legal.

No existe ninguna ley federal general que prohíba a los empleadores adoptar represalias contra los empleados que revelen potenciales violaciones de la ley a nivel empresarial o gubernamental. En lugar de lo anterior, durante los últimos 50 años se ha observado un sostenido aumento de casos específicos de protección a empleados denunciantes establecida por la ley. Estos recursos reglamentarios protegen a una amplia muestra representativa de la fuerza de trabajo estadounidense, pero están plagados de resquicios.

Si bien el establecimiento de derechos federales para los denunciantes ha aumentado la capacidad de los empleados para revelar violaciones de la ley por parte de los empleadores, el carácter fragmentario de esta solución ha dificultado la posibilidad de entablar acciones judiciales más enérgicas y la aplicación de disposiciones de protección de los denunciantes. Por ejemplo, sólo los empleados que emprenden determinadas accio-

nes de denuncia en algunas ramas de actividad específicamente protegidas están cubiertos por la ley federal.

Cada estatuto federal sobre protección al denunciante tiene sus propias disposiciones de presentación, su propio estatuto de limitaciones y sus propios recursos administrativos o judiciales. Así pues, cada caso potencial de denuncia sólo puede evaluarse teniendo en cuenta quién es el empleador, el tenor de la denuncia, y el estado en que se presentó la misma. Sobre la base de estas variables un abogado debe revisar diversas leyes federales para determinar si el empleado está protegido y cuáles son exactamente los procedimientos que deben seguirse para presentar una reclamación de reparación.

Cada estatuto federal incluye, por lo general, su propia definición del tipo de derecho de expresión que protege, el estatuto de limitaciones para establecer una acción en virtud de la ley y sus propias normas administrativas o judiciales para decidir sobre la reclamación. Si bien cada estatuto es distinto, los tribunales y los organismos administrativos aplican regularmente la jurisprudencia y los análisis legales desarrollados en virtud de un estatuto para interpretar otros. Lo anterior se debe a que los elementos básicos en una reclamación por despido motivado por represalias tienden a ser idénticos.

El Cuadro 6 contiene un esbozo de los estatutos federales y de los resguardos constitucionales para empleados denunciantes.²³

5. ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA DE COMPRAS

Los objetivos de contrataciones públicas no se alcanzarán por el solo hecho de crear normas de contratación. Al igual que en el fútbol, las reglas proporcionan los principios según las cuales se juega este deporte, pero no basta con respetar las reglas para que un equipo sea competente y tenga éxito. Se requiere prestar constantemente atención al desarrollo del juego y discurrir estrategias al minuto para alcanzar el objetivo.

Para aplicar este sistema a las contrataciones públicas, se necesita contar con un organizador o con un cuerpo supervisor para garantizar que todas las entidades contratantes están trabajando en conjunto para obtener el máximo valor para la nación.

En cualquier organismo supervisor las funciones de contratación, fiscalización y auditoría deberían estar claramente separadas. Esta separación de funciones permite evitar conflictos de interés, fomenta la competencia

²³ www.whistleblowers.org/Federal. National Whistleblower Center Washington, DC.

CUADRO 6 PROTECCIÓN LEGAL DE LOS DENUNCIANTES EN LOS EE.UU.

1. Protección constitucional. En virtud de la primera y la decimocuarta enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, se prohíbe a los funcionarios del gobierno local y estatal adoptar represalias contra los denunciante.

2. Leyes sobre medio ambiente. Las disposiciones sobre protección a los empleados incluidas en la Ley de Control de Sustancias Tóxicas [15 U.S.C. 2622], la Ley de Control de la Contaminación de las Aguas [33 U.S.C. 1367], la Ley de Eliminación de Desechos Sólidos [42 U.S.C. 6971], La Ley de Aire Puro [42 U.S.C. 7622], las Leyes de Energía Atómica y Reorganización de la energía [42 U.S.C. 5851] y la Ley de Agua Potable Pura [42 U.S.C 300j-9] contienen disposiciones de protección a los denunciante, que amparan a los denunciante que revelan potenciales violaciones a estas leyes ambientales.

3. Conspiraciones para intimidar a testigos y obstruir la justicia en procesos entablados ante tribunales federales [42 U.S.C. 1985(2)]. Esta cláusula, que fue aprobada como parte de la legislación sobre derechos civiles contra el Ku Klux Klan, contiene disposiciones muy amplias que prohíben las conspiraciones para intimidar a las partes o a los testigos en juicios ante los tribunales estadounidenses.

4. Ley de Reclamaciones Fraudulentas. La disposición de la Ley de Reclamaciones Fraudulentas [33 U.S.C. 3730(h)] que protege a los denunciante es extremadamente liberal y protege a “cualquier empleado” que sea despedido o discriminado por el hecho de colaborar en la preparación de un litigio o en la presentación de una querrela en virtud de esta ley.

5. Ley de Asistencia para Transporte Terrestre. Esta ley [49 U.S.C. 2305] protege a los empleados denunciante (generalmente conductores de camiones) que presentan una reclamación, declaran en una acción judicial para aplicar una regla, un reglamento o una norma de seguridad para vehículos motorizados comerciales o bien contribuyen a que se entable ese juicio.

6. Ley de Seguridad y Salud Ocupacional (*Occupational Safety and Health Act* –OSHA). Esta ley [29 U.S.C. 660(c)] protege a los empleados de cualquier represalia por presentar reclamaciones relativas a salud y seguridad en el lugar de trabajo. Según se ha interpretado, incluye un derecho a negarse a realizar trabajos peligrosos en determinadas circunstancias especificadas y limitadas.

7. Ley Federal de Seguridad y Salud en las Minas. Esta ley, 30 U.S.C. 815(c) (1977), estipula un recurso administrativo para cualquier minero, representante de un minero o postulante a empleo en una mina que entable o formule una reclamación relativa a una potencial violación de la Ley.

8. Ley Nacional sobre Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act* –NLRA), 29 U.S.C. 158(a)(4), protege de represalias a los empleados que declaran o presentan una acusación de violación de la Ley.

9. Otras disposiciones de protección a los denunciantes pueden encontrarse en la Ley de Control y Reclamación para la Minería de Superficie [30 U.S.C. 1293]; la Ley de Capacitación y Asociación en el Empleo [29 U.S.C. 1574(g)]; la Ley de Derechos Civiles de 1871 [42 U.S.C. 1983]; la Ley Jones (para empleados marítimos) [46 U.S.C. 688]; la Ley de Seguridad de Ingreso de Jubilación para los Empleados [29 U.S.C. 1140]; las Normas sobre Trabajo Equitativo [29 U.S.C. 215]; la Ley de Reforma de la Administración Pública [5 U.S.C. 2302]; la Ley de Remuneraciones de Estibadores y Trabajadores Portuarios [33 U.S.C. 948(a)]; la Ley de Protección de Trabajadores Agrícolas Migrantes y Temporeros [29 U.S.C. 1855]; la Ley de Seguridad de los Contenedores para Carga Internacional [46 U.S.C. 1501 y sges.]; y el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 [42 U.S.C. 2000e y sges.] (administrada por la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo).

y aumenta el valor del dinero gastado. Además, permite asegurarse de que el proceso es responsable y percibido como responsable. Lo anterior es importante para crear confianza entre el sector público y sus proveedores. Los siguientes son ejemplos de otras tareas generales que le corresponderían a esta unidad:

- Elaborar y difundir políticas de contratación recomendadas.
- Fijar estándares profesionales.
- Organizar un programa de desarrollo profesional para el personal responsable de funciones de adquisición y contratación.
- Fomentar el ahorro facilitando la racionalización de la demanda y las contrataciones intragubernamentales.
- Crear un “código de ética comercial”.
- Prestar asesoría y apoyo profesional a cada entidad contratante.
- Promulgar “reglas para una práctica adecuada” en relación con las contrataciones.
- Empezar investigaciones sobre las necesidades de entidades contratantes.
- Empezar investigaciones sobre fuentes de abastecimiento nacionales e internacionales.
- Crear una base de datos de información sobre los criterios en que deben basarse las decisiones de contratación.

5.A. La Experiencia de los Estados Unidos

En los Estados Unidos el organismo supervisor central para las contrataciones federales es la Oficina de Políticas sobre Contrataciones Federales (*Office of Federal Procurement Policy* –OFPP). El Congreso creó la OFPP en 1974 como parte integrante de la Oficina de Administración y Presupuesto en la Oficina de la Presidencia.

En la ley de OFPP se estipula que la misión de este organismo es “proporcionar a los organismos ejecutivos una orientación general para políticas, reglamentos, procedimientos y formularios correspondientes a todo el gobierno, y promover el ahorro, la eficiencia y la eficacia en la contratación de bienes y servicios por parte del Poder Ejecutivo del gobierno federal” (41 U.S.C. 404). La OFPP está dirigida por un administrador designado por el Presidente y confirmado por el Senado, y cuenta con una planta de alrededor de 20 personas.

En años recientes, el principal objetivo de la OFPP ha sido reformar el proceso de contrataciones para prestar un apoyo más eficaz a las misiones de los organismos y obtener mayor valor para los dólares gasta-

dos. Al llevar adelante el proceso de reforma, la OFPP ha procurado que las contrataciones competitivas se transformen en un procedimiento más flexible y fácil de aplicar, que las estrategias de contratación sean más eficaces, que los mecanismos de supervisión sean menos invasivos, y que las contrataciones públicas se asemejen más a las prácticas comerciales en su conjunto. La OFPP procura introducir esta reforma trabajando en estrecha colaboración con el Congreso y organismos federales.

La OFPP ha propiciado la promulgación de tres importantes leyes de reforma de las adquisiciones trabajando en estrecha cooperación con la Oficina de la Vicepresidencia: la Ley de Racionalización de las Adquisiciones Federales (*Federal Acquisition Streamlining Act* –FASA) de 1994, la Ley de Reforma de las Adquisiciones Federales (*Federal Acquisition Reform Act* –FARA) de 1996 y la Ley de Reforma de la Administración de la Tecnología de la Información (*Information Technology Management Reform Act* –ITMRA) de 1996.

Estas leyes, que constituyen las iniciativas legislativas más significativas en más de una década en relación con las contrataciones en los Estados Unidos, permiten que el sistema de contrataciones dependa menos de la burocracia y más de prácticas racionalizadas y orientadas hacia el cliente para entregar un mayor valor al contribuyente, según lo sugerido por la Revisión Nacional del Rendimiento.

La OFPP procura recibir una retroinformación directa de profesionales de primera línea en reuniones periódicas (celebradas cada dos meses) con un grupo de cerca de 35 personas con mentalidad reformista designadas por los organismos. El foro, que fue creado en enero de 1995, permite que los promotores de la reforma de las contrataciones obtengan reacciones rápidas y francas respecto del impacto que podrían tener determinadas reformas; de nuevas ideas sobre métodos prácticos para mejorar el proceso de adquisición y retroinformación oportuna respecto de si las reformas están alcanzando la línea de frente.

La OFPP también suele encabezar iniciativas destinadas a coordinar la resolución de problemas que surgen cuando el Congreso o el Presidente intentan utilizar el proceso de contrataciones para alcanzar importantes objetivos socioeconómicos; por ejemplo, fomentar las empresas pequeñas y minoritarias, comprar productos fabricados en los Estados Unidos o mantener los niveles de salarios.

La OFPP supervisa la definición de la posición del Poder Ejecutivo respecto de cualquier legislación relativa a las contrataciones. En una estrecha relación de consulta con los principales organismos contratantes, la OFPP elabora propuestas legislativas y define posiciones frente a proyectos de ley para reformar el proceso de adquisición.

El personal de la OFPP también trabaja en estrecha colaboración con comités del Congreso para explicar y perfeccionar la legislación a medida que sigue su curso hacia la aprobación final. El administrador suele prestar declaración ante el Congreso sobre propuestas legislativas pendientes y cuando se trata de apoyar la agenda de la Administración para reformar el sistema de contrataciones. Una vez que el Presidente firma la legislación, la OFPP garantiza que se promulguen reglamentos de aplicación eficaces.

Bajo el liderazgo del Administrador de la OFPP, el Consejo de Regulación de Adquisiciones Federales supervisa el desarrollo y el mantenimiento del Reglamento de Adquisiciones Federales (FAR), la normativa gubernamental de amplio alcance que rige todas las adquisiciones de los organismos públicos. El personal de la OFPP participa directamente en calidad de enlaces, o bien como miembros de equipos interinstitucionales de redacción de reglamentos.

El Administrador de la OFPP puede publicar cartas de políticas en las que se declaran los principios que deben incorporarse en el FAR y ser aplicados por los organismos. El personal revisa todas las reglas importantes del FAR antes de que se promulguen, y el Administrador resuelve las diferencias entre las entidades.

Tanto la Administración como el Congreso reconocieron la necesidad de mejorar la administración de las adquisiciones en gran escala. Demasiados organismos se encontraron con casos bastante graves de costos superiores a los previstos, retrasados en los cronogramas y reducciones del rendimiento. En la Ley de Racionalización de las Adquisiciones Federales, promulgada en 1994, el Título V ordena que los organismos establezcan objetivos en cuanto a costos, plazos y rendimiento para todas las adquisiciones en gran escala, y que logren que las adquisiciones alcancen por lo menos el 90% de los objetivos básicos.

El Administrador de la OFPP tiene el deber de proporcionar al Congreso una evaluación anual del progreso de los organismos civiles en la tarea de alcanzar los objetivos de adquisición. El Secretario de Defensa presenta un informe por separado.

La OFPP, junto con la Oficina de Administración y Presupuesto, ayuda a poner en práctica un programa integrado para planificar y supervisar adquisiciones de activos fijos al amparo de la Ley de Rendimiento y Resultados de Organismos Públicos (*Government Performance and Results Act* –GPRA). Los objetivos de adquisición se incorporan en los planes de desempeño anuales de la GPRA, de modo de presentar un cuadro unificado de las actividades administrativas del organismo y vincular los objetivos de desempeño en materia de adquisiciones con el logro de los objetivos de la misión.

La OFPP trabajó con organismos federales clave con el fin de establecer parámetros de desempeño para situar los organismos en el nivel de un sistema de contrataciones de categoría mundial. Se elaboró una lista de posibles medidas que los organismos públicos pudieran usar para evaluar el progreso en el rendimiento de sus operaciones en cuanto a calidad, oportunidad, precio y productividad.

Los organismos han seleccionado aquellas medidas que son más pertinentes para su misión general, su estructura de organización interna, sus tipos de contrato adjudicados y sus sistemas de recopilación de datos. Las medidas están integradas con los planes estratégicos del organismo y los planes de rendimiento anual exigidos por la Ley de Rendimiento y Resultados de Organismos Públicos.

La OFPP alienta a determinados organismos para que pongan a prueba nuevas ideas de reforma, y los funcionarios de la OFPP actúan como consultores expertos en el diseño de las pruebas, respaldando los casos que les parecen promisorios, y conceden algunas exenciones legales cuando lo estiman necesario y siempre que la OFPP esté facultada para hacerlo.

En la reciente legislación se ha conferido a la OFPP autoridad limitada para eximir de lo dispuesto en algunas leyes y así permitir que los organismos sometan a prueba procedimientos de contratación innovadores. Sin embargo, en la sección 6 de la Ley de OFPP, 41 U.S.C. 405, se señala específicamente que la autoridad del Administrador de la OFPP “no deberá interpretarse como una interferencia con la determinación de los organismos ejecutivos de medidas específicas en la adjudicación o en la administración de contratos de adquisición”.

Otras funciones de la OFPP que pueden mencionarse son:

- Realizar estudios encomendados por el Congreso y emitir informes sobre los mismos.
- Preparar y encabezar las actividades del Sistema computarizado de Datos sobre Contrataciones Federales para medir el rendimiento de las entidades contratantes.
- Dirigir las actividades del Instituto de Adquisiciones Federales, que elabora materiales de capacitación para aumentar la competencia y el profesionalismo del personal de adquisiciones.

El Cuadro 7 resume el marco conceptual presentado al inicio de este trabajo, indicando la legislación que lo ha aplicado en los Estados Unidos.

6. CONCLUSIÓN

Los sistemas de contrataciones públicas pueden encontrarse en polos opuestos: pueden agregar valor a la economía o bien desviar fondos para destinarlos a actos de corrupción, de derroche o fines poco éticos. Pocos países –desarrollados o en desarrollo– se encuentran en alguno de estos polos, aunque, al igual que la gente, se encuentran en algún punto entre la perfección y la pérdida. Debido a los imperativos nacionales e internacionales que se están aglutinando en torno a la función de contratación pública, todos los gobiernos deberían diagnosticar claramente dónde se sitúa su sistema en este espectro.

La manera más eficaz de comprender los usos de un sistema de contrataciones públicas con respecto a los objetivos e intereses nacionales consiste en analizarlo de manera estructurada. La información proporcionada más arriba, con ejemplos tomados de las legislaciones y reglamentos reales de los Estados Unidos, tiene por objeto ayudar a formular ese tipo de revisión y plan.

Pero el único recurso por sobre todos los demás, que marcará la diferencia más clara en la tarea de aumentar los valores a través del mejoramiento de las operaciones de contratación, es la existencia de un personal dedicado, capacitado y profesional. Por muy bien intencionados y bien redactados que estén los documentos de política o las leyes, es posible que sus objetivos no se lleguen a cumplir si no son defendidos por un equipo profesional.

Se necesitan personas que traduzcan en hechos los objetivos y políticas de administración. Según se espera, en todo el mundo las demandas futuras sobre el personal de contrataciones serán aun más críticas que hoy en día. A medida que crece la economía de un país en desarrollo es posible esperar que sus necesidades de contratación se vuelvan más complejas.

Si se pretende que las contrataciones respalden adecuadamente este proceso de crecimiento, el personal de contrataciones debe ser capaz de formarse un juicio más informado sobre los mejores productos disponibles en mercados nacionales y mundiales para satisfacer las exigencias dentro de las políticas públicas.

CUADRO 7 MARCO DE REFERENCIA PARA CONTROLAR LA CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES – EL CASO ESTADOUNIDENSE.

	Elementos clave	Leyes y reglamentos aplicables consignados en el texto.
LA DEFINICIÓN se realiza mediante:	El derecho penal	La ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero; Funcionarios que no deben Beneficiarse, U.S.C Título 41 Sección 22; Ley de Ética en el Gobierno de 1978 (5 U.S.C. apéndice, §105); Leyes sobre Conflictos de Intereses - 18 U.S.C. §§201-209; Viáticos proporcionados por fuentes no federales, 31 U.S.C. §1353.
	La ley de contrataciones públicas	Ley de la Oficina de Políticas sobre Contrataciones Federales (<i>Office of Federal Procurement Policy</i> –OFPP) de 1974 (Ley pública 93-400 tal como ha sido enmendada).
	Los reglamentos gubernamentales	Reglamento sobre Adquisiciones Federales; Directiva del Departamento de Defensa 5000.1.
	El código de ética profesional	Orden Ejecutiva Presidencial 12674 de 12 de abril de 1989 referente a “Principios de Conducta ética para Funcionarios y Empleados Públicos”.
	La costumbre y la práctica	(Esto involucra presiones sociales o de grupos de colegas para que los empleados públicos y los contratistas actúen responsablemente y con integridad sobre la base de las mejores prácticas internacionales.)
LA DIVULGACIÓN s realiza mediante:	Audidores externos e internos	Organismo de auditoría de Contratos de Defensa; Ley del Inspector General de 1978; Decreto Ejecutivo 12805, Consejo Presidencial sobre Integridad y Eficiencia; Ley de Presupuesto y Contabilidad del Tribunal de Cuentas promulgada en 1921 (31 U.S.C. 702).

	Denunciantes	Enmiendas <i>qui tam</i> introducidas en 1986 a la Ley de Reclamaciones Fraudulentas, 31 USC 3730
	Disponibilidad pública de información gubernamental, Impugnaciones de adjudicaciones de contratos	Ley de Libertad de Información, 5 U.S.C. § 552; FAR Parte 33: Decreto Ejecutivo 12979, Protestas sobre Contrataciones realizadas por Organismos Públicos; 4 Código de Reglamentos Federales, Parte 21 (Reglamento sobre Recusación de Propuestas del Tribunal de Cuentas).
	Otras modalidades de supervisión externa	Oficina de Ética Gubernamental.
	Diligencia profesional	(Se refiere a la ejecución escrupulosa de nuestros derechos y responsabilidades).
LA CORRECCIÓN se realiza mediante:	La aplicación de leyes y reglamentos	Esto se aplica a la totalidad de las leyes y de los reglamentos expuestos.
	Mejoras en la gestión.	Aplicación profesional de la autoridad y la responsabilidad.
	La resolución de protestas	FAR Parte 33: Decreto Ejecutivo 12979, Protestas sobre Contrataciones de los Organismos; 4 Código de Reglamentos Federales Parte 21 (Reglamentos sobre Protestas en torno a Propuestas).
LA PREVENCIÓN se realiza mediante:	Independencia profesional	Directivas del Departamento de Defensa 5000.1; Reglamentos sobre Adquisiciones Federales Parte 3; Leyes sobre Conflictos de Intereses - 18 U.S.C. §§201-209; Funcionarios que no deben beneficiarse, USC Título 41 Sección 22; viáticos provenientes de fuentes no federales, 31 U.S.C. §1353.
	Prestigio y capacitación profesional	Decreto Ejecutivo Presidencial 12674 de 12 de abril de 1989 referente a “Principios de Conducta Ética para Funcionarios y Empleados Públicos”.

	<p>Ley de la OFPP Título 41 Código de los Estados Unidos Sección 414, “Ejecutivo superior de contrataciones”; Título 41 Código de los Estados Unidos Sección 433. Desarrollo de la Carrera; Título X USC Capítulo 87, Personal de Adquisiciones de Defensa. Manual del Departamento de Defensa 5000.52-M Administración de Adquisiciones.</p>
Sistemas de protestas y disputas	<p>Ley de Disputas sobre Contratos promulgada en 1978 (Título 41 Código de los Estados Unidos Secciones 601-613); FAR Parte 33: Decreto Ejecutivo 12979.</p> <p>Protestas sobre Contrataciones Realizadas por Organismos Públicos; 4 Código de Reglamentos Federales Parte 21 (Reglamentos sobre Protestas en torno a Propuestas, Tribunal de Cuentas).</p>
Sistemas de control de calidad y de revisión	<p>Organismo de Auditoría de Contratos de Defensa; Ley General del Inspector General de 1978; Decreto Ejecutivo 12805 Consejo Presidencial sobre Integridad y Eficiencia; Ley de Presupuesto y Contabilidad del Tribunal de Cuentas promulgada en 1921 (31 U.S.C. 702); Ley de Libertad de Información 5 U.S.C. §552.</p>
Gestión de sistemas	<p>41 U.S.C. 404. Ley sobre la Oficina de Políticas de Contrataciones Federales.</p>
