

Respuesta del Servicio de Asistencia Anticorrupción de Transparency International

Oferentes extranjeros en las contrataciones públicas: riesgos de corrupción y estrategias para mitigarlos

Autora: Jennifer Schoeberlein, tihelpdesk@transparency.org

Revisor: Matthew Jenkins, Transparency International

Fecha: 13 de enero de 2022

Ante el surgimiento de una tendencia mundial a que se abran los mercados de contratación pública a oferentes extranjeros y tras varios casos de corrupción resonados que involucran a empresas multinacionales y contratos públicos, se observa un interés creciente en la influencia de los licitantes extranjeros en los procesos de contratación pública de los países. Sin embargo, hasta el momento no hay demasiados estudios sobre los riesgos de corrupción específicos que conllevaría abrir los mercados de contratación pública, ni acerca de si el funcionamiento abierto o cerrado de estos mercados plantea niveles de riesgos distintos en términos cualitativos y cuantitativos.

Esta Respuesta del Servicio de Asistencia ofrece una aproximación a los diferentes enfoques que se han adoptado para permitir que los oferentes extranjeros puedan competir por contratos públicos en el ámbito interno, incluidas restricciones explícitas e implícitas al acceso a los mercados, así como iniciativas orientadas a abrir la contratación a empresas extranjeras mediante acuerdos de libre comercio. A continuación se analizan los diversos riesgos de corrupción que comporta cada enfoque, que incluyen conflictos de intereses, nepotismo, sobornos y cuestiones relacionadas con la transparencia en materia de beneficiarios finales.

No se han propuesto medidas de mitigación que aborden en forma expresa los riesgos de corrupción asociados con la participación de oferentes extranjeros en los procesos de contratación pública. Sin embargo, algunas medidas más generales destinadas a reducir la corrupción en la contratación pública también pueden contribuir a contener la corrupción relacionada con la participación de empresas extranjeras. Esto incluye las contrataciones electrónicas, los registros de beneficiarios finales y medidas de transparencia de carácter más general.

© 2022 Transparency International. Todos los derechos reservados.

No debe entenderse que este documento refleja la postura oficial de la Comisión Europea ni de Transparency International. La Comisión Europea, Transparency International ni ninguna persona que actúe en nombre de la Comisión serán responsables por el uso que pueda darse a la información presentada a continuación.



El Servicio de Asistencia Anticorrupción (Anti-Corruption Helpdesk) es gestionado por Transparency International con financiamiento de la Unión Europea.

Consulta

¿Podrían brindar una síntesis de los riesgos de corrupción asociados con la participación de oferentes extranjeros en los procesos de contratación pública, indicando ejemplos de América Latina cuando sea posible?

Advertencia

No es para nada sencillo obtener información acerca de la magnitud de la corrupción en un determinado contexto. Hay poca información cuantitativa sobre el grado de corrupción que se manifiesta cuando hay participación de oferentes extranjeros en la contratación pública, en comparación con situaciones en las que todos los oferentes son locales.

También son pocos los estudios que analizan si los tipos de corrupción difieren cualitativamente cuando los mercados de contratación están abiertos a oferentes extranjeros, en contraposición a cuando solo están abiertos a empresas locales.

Índice

1. Introducción
2. Antecedentes
3. ¿Vía hacia la liberalización o el proteccionismo de los mercados de contrataciones?
4. Corrupción en las contrataciones y oferentes extranjeros
5. Medidas de mitigación
6. Referencias

Introducción

La contratación pública constituye una parte sustancial de casi todas las economías, tanto desarrolladas como en desarrollo. En la UE, representa el 14 % del PIB (Comisión Europea 2019a) y alrededor del 13 % en EE. UU. (Carboni y otros 2018), y se estima que, por lo general,

Puntos principales

- En las últimas décadas, se ha observado tanto una tendencia general hacia la liberalización de los mercados de contratación pública, como un aumento del proteccionismo en algunos países.
- Las medidas que restringen la participación de oferentes extranjeros en las contrataciones públicas (como la exigencia de que adopten la forma de emprendimientos conjuntos) pueden dar lugar a riesgos de corrupción considerables, incluidos conflictos de intereses y nepotismo.
- Las estructuras societarias poco claras y la falta de transparencia suficiente en lo que respecta a los beneficiarios finales agravan los riesgos de corrupción asociados con los oferentes extranjeros.
- La transparencia (sobre todo en relación con los beneficiarios finales) y las soluciones electrónicas son herramientas prometedoras para reducir los riesgos de corrupción en la contratación pública, tanto en el ámbito nacional como internacional.

constituye entre el 15 % y el 30 % del PIB en muchos países (ONUDD 2013). También es un componente fundamental del crecimiento económico, el desarrollo y el bienestar público y desempeña un papel central en la construcción de obras de infraestructura pública (incluso en las

áreas de energía y telecomunicaciones) y en la prestación de servicios públicos como salud y educación (Anderson y otros 2016).

Sin embargo, los procesos de contratación pública son muy susceptibles a la corrupción debido a ciertas características que son propias del sector, a saber, el volumen de contratos y el dinero involucrado, la complejidad y la sensibilidad política de muchos proyectos públicos, las industrias involucradas, la interacción estrecha entre los sectores público y privado y, a menudo, los altos niveles de discrecionalidad.

La Iniciativa para la Transparencia del Sector de la Construcción (*Construction Sector Transparency Initiative*, CoST) estima que, para 2030, se podrían perder USD 6 billones por año en la industria de la construcción debido a hechos de corrupción, irregularidades en la gestión e ineficiencias. Esto tendría consecuencias devastadoras para el medioambiente, los medios de vida y la seguridad de las personas (Transparency International y otros, 2017). Según cálculos de Transparency International, alrededor de USD 2 billones por año podrían desviarse de las partidas presupuestarias destinadas a contratación pública (Transparency International 2014), y la ONUDD estimó que la corrupción y el fraude podrían afectar al 20 % o 25 % de los presupuestos de las contrataciones (ONUDD 2013).

La naturaleza de los riesgos de corrupción en la contratación pública, sus causas fundamentales y las posibles estrategias de mitigación de estos riesgos han sido ampliamente estudiadas y documentadas (Heggstad y Frøystad 2011; OCDE 2014a; OCDE 2016; OCDE 2007; Schoeberlein 2019; Søreide 2002; ONUDD 2013; Wickberg 2013).

Pero en el contexto de un esfuerzo concertado para que haya una apertura de los procesos de contratación pública nacionales al mercado global,

existe un desconocimiento profundo sobre la influencia cada vez más importante de los oferentes extranjeros. Y esto ocurre a pesar de que, según la OCDE (2007), las contrataciones internacionales son especialmente vulnerables a la corrupción debido a la envergadura de los contratos y a la posibilidad de ocultar el pago de sobornos en las transacciones transfronterizas.

A este problema se suman las estructuras de titularidad societaria cada vez más complejas, que podrían dificultar la identificación de si una entidad es un oferente local o extranjero.

Dado el grado de vulnerabilidad a la corrupción que han demostrado los procesos de contratación, y la internacionalización progresiva de las contrataciones públicas, existe la necesidad de entender mejor cómo el ingreso de empresas extranjeras en los mercados podría conllevar mayores riesgos, o cómo las empresas internacionales podrían quedar expuestas a riesgos de corrupción.

Según Transparency International (2020b), este riesgo puede acentuarse a raíz de la pandemia de COVID-19. Las empresas multinacionales pueden estar más ansiosas por conseguir contratos internacionales ante la reducción de las utilidades y los gobiernos pueden estar menos interesados en hacer cumplir las leyes contra el soborno por motivos económicos (Transparency International 2020b).

Esta Respuesta del Servicio de Asistencia, por lo tanto, examina el papel específico de los oferentes internacionales en los procesos de contratación nacionales y cómo ha evolucionado su papel en respuesta a las tendencias internacionales y regionales, especialmente bajo la modalidad de acuerdos comerciales. Luego considera los riesgos de corrupción específicos que suele acarrear la internacionalización de la contratación pública o los intentos de restringirla, y

seguidamente analiza algunas posibles iniciativas de mitigación.

Antecedentes

Síntesis de los factores de riesgo de corrupción en la contratación pública

Para muchas empresas, presentar ofertas para contratos públicos y resultar adjudicatarias es un objetivo fundamental, sobre todo porque el gran volumen que suelen tener los contratos, tanto por sus retornos financieros como por la envergadura de los proyectos. Según Transparency International (2018), los gobiernos gastan un promedio de USD 9,5 billones por año en proyectos de contratación pública. Debido a su envergadura y relevancia política, los proyectos de contratación pública son sumamente importantes para el éxito comercial y la reputación de una empresa.

Pero su atractivo también puede hacer que estos proyectos sean propensos a corrupción. Los riesgos para la integridad suelen verse agravados por los plazos ajustados, la complejidad de los proyectos, la proximidad entre entidades privadas y públicas y los altos niveles de discrecionalidad (Heggstad y Frøystad 2011; OCDE 2016; Søreide 2002; ONUDD 2013). Asimismo, a pesar de un reconocimiento cada vez mayor de que la transparencia es clave para frenar la corrupción en las contrataciones públicas, son muy pocas las licitaciones que se dan a conocer. Según Open Contracting Partnership (2020), los contratos públicos que se publicitan representan apenas el 2,8 % del valor total de este tipo de contrataciones a nivel mundial, que en 2018 fue de USD 13 billones.

Asimismo, las industrias a las que habitualmente se asocia con altos niveles de corrupción son las que más a menudo participan en la contratación pública, y esto intensifica riesgos de corrupción ya elevados que entraña el proceso. Entre ellas se

encuentran las industrias de los sectores extractivo, de transporte y almacenamiento y de telecomunicaciones, que en 2014 representaron las dos terceras partes de los casos de soborno transnacional en países de la OCDE (OCDE 2016; OCDE 2014; Søreide 2002).

Riesgos de corrupción en las etapas del proceso de contratación pública

La corrupción puede tener lugar en todas las etapas del proceso de contratación pública: en la etapa previa a la licitación (durante la evaluación de necesidades y el diseño de la licitación), en la etapa de licitación (en el proceso de presentación de ofertas y adjudicación) y en la etapa posterior a la adjudicación (durante la implementación y el monitoreo).

En la etapa previa a la licitación, los posibles oferentes pueden ejercer influencia indebida o pagar sobornos para influir en la evaluación de necesidades o en los requisitos contractuales, con el fin de que los pliegos de condiciones se elaboren de modo de favorecerlos. Durante la fase de licitación, la información sobre el proceso de contratación y las invitaciones a ofertar pueden distribuirse de manera selectiva; los oferentes pueden incurrir en manipulación fraudulenta de ofertas y colusión; y los conflictos de intereses, los sobornos, la influencia indebida, el nepotismo, el tráfico de influencias y otras formas de corrupción pueden influir en la evaluación de las ofertas y la decisión de adjudicación. Una vez adjudicado un contrato, la corrupción puede manifestarse durante la ejecución del proyecto y, por ejemplo, adoptar la forma de facturas apócrifas, comisiones ilícitas, sustitución de productos, prestaciones de calidad inferior a la pactada, etcétera. (OCDE 2016; Schoeberlein 2019; ONUDD 2013).

Sobornos y colusión

Los sobornos y los pagos de comisiones ilícitas a funcionarios públicos son algunas de las formas más comunes de corrupción en la contratación pública. La finalidad de esos pagos ilegales puede

ser influir en una evaluación de necesidades o el diseño de la licitación, condicionar las decisiones respecto de la adjudicación de un contrato u obtener otras ventajas en la etapa previa a la licitación y durante la licitación propiamente dicha (Anderson y otros 2016; Heggstad y Frøystad 2011; ONUDD 2013).

La colusión (o manipulación fraudulenta de ofertas) es otro riesgo de corrupción común en los procesos de contratación pública. Se refiere a situaciones en las que todos o varios oferentes llegan a un acuerdo que elimina la competencia y determina el resultado de una licitación. El grupo predetermina quién va a conseguir la licitación, los demás se abstienen de presentar ofertas (supresión de ofertas) o presentan ofertas con precios sumamente excesivos u ofertas que no resultan aceptables por otros motivos (ofertas complementarias). A cambio, los perdedores predeterminados recibirán algún tipo de compensación, ya sea una recompensa económica indirecta, en forma de subcontratos, o la promesa de que se les otorgará el próximo contrato (rotación de ofertas) (Heggstad y Frøystad 2011).

La colusión puede ocurrir solo entre oferentes o con participación de funcionarios públicos que facilitan o apoyan la colusión, por ejemplo, divulgando información clasificada (Heggstad y Frøystad 2011). Anderson y otros (2016) estiman que la colusión incrementa el costo de los contratos públicos en un 20 % o más, en comparación con los precios que se obtendrían en condiciones competitivas.

Los riesgos de corrupción varían según la modalidad de contratación

La modalidad de contratación elegida también puede repercutir en el grado de riesgo de corrupción. Por lo general, se considera que la contratación de un único proveedor (o adjudicación directa) conlleva el mayor riesgo de corrupción y solo debería recurrirse a ella en

circunstancias excepcionales. En cambio, un procedimiento abierto (licitación a sobre cerrado), en el que cualquier persona pueda presentar una oferta, se considera el menos riesgoso y, preferentemente, debería ser la primera opción. Otros métodos incluyen los procedimientos restringidos, en los que solo entidades preseleccionadas pueden presentar ofertas, y los procedimientos negociados. Ambos pueden resultar necesarios o adecuados en determinadas circunstancias, pero conllevan riesgos de corrupción más significativos que otros procedimientos abiertos (ONUDD 2013).

Si bien en ocasiones podría haber motivos que justifiquen el uso de métodos distintos de los procedimientos abiertos, la legislación en materia de contratación pública debe indicar claramente en qué circunstancias se pueden permitir procedimientos negociados, restringidos o de un único proveedor y qué procesos de aprobación se requieren, con el fin de limitar su riesgo de corrupción inherente. La legislación sobre contratación pública debe prohibir en forma expresa la división de contratos que tenga por objeto evitar una competencia abierta (Martini 2015).

En el sector de defensa, por ejemplo, los procesos de contratación suelen restringirse para proteger los intereses de seguridad nacional (Transparency International UK 2015). Sin embargo, este mismo factor también hace que el sector sea particularmente propenso a la corrupción. Según la OCDE (2007), quienes licitan los contratos de defensa a menudo contactan a los oferentes y hacen pedidos directos. Pero esos procesos pueden ser vulnerables a procedimientos simulados, como las licitaciones meramente formales que se realizan para ocultar el hecho de que ya se ha elegido un proveedor.

Dado que el tipo de riesgo de corrupción varía según la modalidad de contratación, la siguiente sección considera si los mercados de contratación

que son “abiertos” a los oferentes extranjeros lidian con la corrupción de una manera cuantitativa o cualitativamente diferente a los procesos de contratación que son “cerrados” o establecen restricciones para las empresas extranjeras.

Cabe destacar que, a veces, las medidas proteccionistas solo se aplican a industrias específicas. En los sectores de defensa o servicios públicos, por ejemplo, en general los países intentan preservar la soberanía por motivos políticos y/o de seguridad. O, en ocasiones, los países procuran desarrollar o proteger a industrias poco desarrolladas o incipientes, como la industria de la tecnología, o proteger a pequeñas empresas y microempresas que son fundamentales en la creación de puestos de trabajo locales (Ssenoga 2006). Por lo expuesto, los mercados de contratación pública no suelen estar completamente abiertos ni cerrados, sino que se configura una situación variable en la que algunas áreas de la contratación pública están liberalizadas y otras tienen diversos grados de restricción.

¿Vía hacia la liberalización o el proteccionismo de los mercados de contrataciones?

En las últimas décadas se ha visto tanto una internacionalización como una armonización de los procesos de contratación pública, así como medidas que propician un mayor proteccionismo en determinados países y sectores de la economía.

Acontecimientos y tendencias: iniciativas para eliminar los obstáculos a las empresas extranjeras

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) insta al “establecimiento de sistemas apropiados de contratación pública

basados en los principios fundamentales de transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones” (ONUDD 2013: v).

Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD 2013), los Estados Parte de la CNUCC han conseguido progresos en este aspecto en los últimos años al hacer que sus procesos de contratación sean más transparentes, implementar y fortalecer las normas sobre comportamiento ético de los funcionarios a cargo de las contrataciones y los oferentes, desarrollar la capacidad de los organismos y el personal de las contrataciones y sancionar a los contratistas involucrados en fraude.

La CNUCC también fue uno de los factores que impulsó el desarrollo de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que algunos países han tomado como modelo para formular su propia legislación sobre contratación pública (ONUDD 2013).

Acuerdo sobre Contratación Pública

Entre los mecanismos internacionales de contratación se destaca el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, que se estableció en 1979 para liberalizar y abrir de manera recíproca los mercados de contratación internacionales, fomentar la competencia y desalentar la discriminación de los oferentes extranjeros en las licitaciones públicas nacionales (Carboni y otros 2018; Mungiu-Pippidi 2018; Ssannoga 2006).

El acuerdo ha pasado por varias revisiones y ampliaciones, y actualmente cubre a 47 miembros de la OMC y contrataciones anuales por valor de USD 1,7 billones. La última revisión, que se firmó en 2014, incluye nuevos compromisos que requieren que las entidades responsables de la contratación actúen de forma tal de evitar los conflictos de intereses y prevenir las prácticas

corruptas (Anderson y otros 2010; Kutlina-Dimitrova 2018; Mungiu-Pippidi 2018).

Los signatarios del ACP se comprometen con una serie de requisitos relacionados con sus procesos de contratación (Carboni y otros 2018; Jenkins 2018a; Mungiu-Pippidi 2018), que incluyen los siguientes:

- Garantías de trato nacional y no discriminación para los oferentes extranjeros, lo que implica que las partes del tratado no pueden dar a los proveedores o productos de otras partes un trato “**menos favorable**” que a los locales.
- Información transparente sobre la licitación (tanto antes como después de la adjudicación).
- La implementación de medidas que permitan una revisión y control posteriores a la adjudicación por parte del Comité de Contratación Pública de la OMC.
- Establecimiento de órganos de examen nacionales independientes.
- Sometimiento al sistema de solución de diferencias vinculante de la OMC.

Sin embargo, a pesar de las referencias a la transparencia y la facilitación del comercio, el sistema de la OMC no cuenta con medidas concretas para abordar problemas de regulación, incluidas la transparencia y la corrupción. Se plantea que esto se debe al gran tamaño de la OMC, que hace que sea difícil llegar a acuerdos, y a la renuencia de muchos países a comprometerse con cualquier “disposición profunda” que pueda considerarse que afecta a su soberanía (Jenkins 2018a y Mungiu-Pippidi 2018).

Hay otros problemas persistentes. Por un lado, ningún país latinoamericano o africano forma parte del acuerdo en esta etapa (Comisión Europea 2019a), si bien en diciembre de 2021 algunos

tenían estatus de observadores (ver [aquí](#)). Asimismo, si bien en el preámbulo del ACP se hace referencia a la CNUCC, no tiene carácter vinculante. También los requisitos de transparencia en el proceso de contratación y los compromisos de evitar los conflictos de intereses tienen carácter de meras recomendaciones, no son obligatorios. Por último, si bien el acuerdo aborda los riesgos de corrupción en las decisiones de adjudicación de contratos, no contempla los riesgos de corrupción relacionados con el diseño o la ejecución de la licitación (Jenkins 2018a).

Acuerdos de comercio regionales y bilaterales

Desde que se estableció el ACP, se han firmado varios acuerdos de libre comercio (ALC) regionales y bilaterales.

En parte en respuesta a la ausencia de medidas efectivas en el sistema de la OMC, se han empezado a incluir disposiciones contra la corrupción y sobre gobierno corporativo en acuerdos de libre comercio bilaterales y regionales (ACR) más recientes, en los que puede ser más sencillo llegar a un consenso sobre requisitos estrictos (Jenkins 2018a).

De hecho, “más del 40 % de los ACR celebrados desde el cambio de milenio han incorporado compromisos contra la corrupción y el soborno que no tienen precedentes en el régimen de la OMC” (Jenkins 2018a:2). Por lo tanto, a diferencia del ACP, los acuerdos de comercio bilaterales que celebraron recientemente EE. UU., Canadá y la UE han incluido compromisos específicos en materia de transparencia y contra el soborno, por ejemplo, los requisitos de acatar e implementar las convenciones internacionales contra la corrupción, tipificar el soborno en la legislación nacional y establecer procedimientos para la aplicación de sanciones penales y de otro tipo y para la protección de denunciantes (Jenkins 2018a y Lejárraga 2013).

Según Lejárraga (2013), las disposiciones sobre transparencia también han aumentado en los ACR. Con el objetivo de que haya menos opacidad en las medidas sobre comercio interno y, por consiguiente, menos oportunidades de discrecionalidad y costos para las empresas extranjeras y los consumidores, los ACR recientes se han concentrado más en la transparencia, y han incorporado medidas que profundizan los compromisos multilaterales asumidos en el ACP y los extienden a nuevas áreas (Lejárraga 2013). De los 124 ACR analizados en un estudio de la OCDE realizado por Lejárraga (2013), 72 incluían disposiciones sobre transparencia como algo básico para las asociaciones comerciales, y 53 contenían capítulos enteros dedicados al tema de la transparencia.

Algunos de estos compromisos más específicos pueden servir particularmente a que los mercados de contratación nacionales resulten más claros para los oferentes extranjeros, como la “transparencia electrónica” y la “transparencia lingüística”, que hacen referencia a la publicación en línea y la traducción de las reglamentaciones (Lejárraga 2013).

Desde el cambio de milenio, cada vez es más común que los ALC bilaterales también incluyan disposiciones independientes sobre contratación pública (Kutlina-Dimitrova 2018). Los [acuerdos celebrados por EE. UU.](#), por ejemplo, suelen apuntar a que los bienes y servicios estadounidenses reciban un “trato nacional” en los procesos de contratación pública de los países con los que se ha celebrado un ALC (Oficina del Representante Comercial de EE. UU. 2021).

De manera similar, está previsto que el acuerdo de comercio entre la UE y el MERCOSUR (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay) disponga la apertura de los mercados de contratación pública de las regiones a las empresas de la UE y les conceda un “trato nacional” en los procesos de licitación internos (Hansen-Kohn 2020). Es así que

los ALC bilaterales y los ACR han abierto nuevos mercados de contratación para los oferentes internacionales, dado que cubren más jurisdicciones y partes interesadas que el ACP. Este proceso de apertura de los mercados de contratación locales a los oferentes internacionales no ha estado exento de críticas, sobre todo en los mercados en desarrollo y emergentes. Por ejemplo, según Hansen-Kohn (2020), el anexo al tratado MERCOSUR-UE que indica qué sectores deben abrirse y cuáles permanecerían exentos, no es de consulta pública. A su vez, preocupa que la liberalización de los mercados de contratación pueda frustrar las disposiciones existentes que protegen a agricultores locales y puestos de trabajo locales, así como las “reservas” para minorías que asignan una determinada proporción de los contratos públicos a empresas que pertenezcan a grupos desfavorecidos (Hansen-Kohn 2020).

Si bien los ALC bilaterales y regionales, incluido el ahora desaparecido Acuerdo de Asociación Transatlántica (AAT), por lo general incluyen disposiciones para liberalizar los mercados de contratación internos de los signatarios, en ocasiones también contemplan exenciones proteccionistas, como límites monetarios o exenciones para las PyME (Bandelet 2016).

Por último, si bien algunos ALC y ACR han llegado más lejos y más “profundo” que el ACP en lo que concierne a sus compromisos de abrir los mercados de contratación nacionales a los oferentes extranjeros, a diferencia del sistema multilateral de la OMC, carecen del poder de ejecución del sistema de solución de diferencias de la OMC. Por consiguiente, la eficacia de las disposiciones sobre transparencia y corrupción de los acuerdos bilaterales depende de la voluntad y el compromiso de los gobiernos participantes de implementar esas disposiciones a nivel nacional (Jenkins 2018a y Lejárraga 2013).

Acuerdos entre gobiernos

Otra medida específica a la que a veces se recurre en las contrataciones internacionales son los acuerdos entre gobiernos (*government-to-government agreements*, G2G). Se refieren a acuerdos celebrados entre dos países para la contratación o adquisición de un servicio o bien en particular, cuya provisión suele ir acompañada de capacitación, mantenimiento, transferencia de conocimientos y otras funciones de apoyo. A continuación, el gobierno proveedor hace la compra internamente (o abastece con sus propias existencias), lo que significa que el gobierno contratante no trata con el contratista en forma directa (Comisión Europea 2016). Este es un proceso que suele utilizarse en el sector de defensa, pero últimamente ha cobrado cierta popularidad también en proyectos de infraestructura, donde se lo considera más eficiente que la contratación convencional o las asociaciones público-privadas (Sumar 2020). En Perú, por ejemplo, se eligió un acuerdo G2G con el Reino Unido como la modalidad para los proyectos de reconstrucción tras los daños producidos por El Niño, incluida la construcción de escuelas y hospitales (Departamento de Comercio Internacional del Reino Unido 2020).

Sus promotores los consideran más eficientes, y también se ha dicho que los acuerdos G2G reducen el riesgo de corrupción y fraude dado que eliminan a los intermediarios y los extensos procesos de licitación propensos a la corrupción (Canadian Commercial Corporation 2020). Sin embargo, hay muy pocos análisis de procesos G2G fuera del sector de defensa, que tiene sus características específicas, como para comprobar esa afirmación.

En el supuesto de que al menos uno de los países que celebra el acuerdo G2G exhiba altos niveles de corrupción, se podría decir que también es probable que haya corrupción en el proceso G2G. Este sería el caso, en especial, porque las

negociaciones entre gobiernos pueden carecer de la supervisión y transparencia que debería tener un proceso de contratación normal. Los procesos G2G además no se atienen a un proceso de licitación abierta y, por lo tanto, pueden ser menos competitivos, lo que a su vez se ha asociado con mayores riesgos de corrupción (Anderson y otros 2010).

Se necesita ahondar más en la investigación de los procesos G2G y el riesgo de corrupción que entrañan para determinar si pueden ser una “alternativa más limpia” a otros métodos de contratación internacional.

Desarrollos y tendencias: reciente introducción de medidas proteccionistas

Si bien en los últimos años se ha dado una tendencia general hacia una mayor liberalización de los mercados de contratación mediante ALC y el ACP revisado, las políticas de proteccionismo también han sido una respuesta bastante extendida a las recientes crisis financieras y económicas (Kutlina-Dimitrova 2018). De hecho, en general, parece que la contratación pública sigue siendo una tarea que mayoritariamente asumen los países.

Incluso en la UE, cuyo mercado tiene un alto grado de integración, las licitaciones públicas grandes en el sector de la construcción, por ejemplo, rara vez se adjudican a oferentes extranjeros. En 2017, solo el 4,5 % de las licitaciones de contratos de construcción se otorgaron a empresas extranjeras y, en dichos casos, se trató de grandes licitantes de países directamente limítrofes y de la misma región lingüística (Berglind y otros 2018).

Según Berglind y otros (2018), la ventaja competitiva de las empresas locales en las licitaciones de contratación pública (internacional) radica, en parte, en el mayor conocimiento local

que tienen las empresas nacionales, las ventajas en cuanto al idioma, el conocimiento de las condiciones locales en el terreno, los contactos ya establecidos con proveedores y subcontratistas y los contactos en el organismo contratante.

Por otra parte, algunos observadores han sostenido que la verdadera causa son en general las barreras comerciales explícitas o implícitas y el favoritismo de las empresas nacionales (Carboni y otros 2018 y Ssenoga 2006). La contratación pública, así como las concesiones públicas y las asociaciones entre el sector público y el privado, suelen ser “herramientas políticas en manos de los gobiernos”, y en tal sentido “suelen utilizarse para generar consenso político en vez de contribuir a un uso eficiente de los fondos en las compras públicas” (Carboni y otros 2018: 86). Por lo tanto, no causa sorpresa que, a pesar de la tendencia creciente hacia la liberalización de las contrataciones como parte de los acuerdos de libre comercio (ALC) regionales o bilaterales, la contratación pública esté sujeta a una multiplicidad de medidas proteccionistas y a preferencias internas por las empresas y/o la producción nacionales. De hecho, la cantidad de medidas proteccionistas implementadas en el mundo ha crecido de manera sostenida entre 2009 y 2017, con hasta 500 intervenciones proteccionistas contabilizadas por Kutlina-Dimitrova (2018) en 2017. A su vez, el Informe de 2019 sobre los obstáculos al comercio y la Inversión de la Comisión Europea (Comisión Europea 2019) contabilizó 483 obstáculos activos al comercio y la inversión en 58 países a fines de 2019, una cifra récord que la Comisión Europea interpreta como un indicador de proteccionismo creciente.

Los beneficios perceptibles de proteger el mercado de contratación pública local frente a la participación extranjera incluyen el deseo de crear o proteger puestos de trabajo, asegurar la sostenibilidad, favorecer a las regiones poco desarrolladas o proteger las industrias sensibles o incipientes y verificar que se cumplan los

estándares ambientales y sociales (Comisión Europea 2019a; Gourdon y otros 2017; Ssenoga y otros 2018).

También se ha demostrado que la liberalización del comercio está acompañada de consecuencias sociales, como costos de adecuación potencialmente importantes para los trabajadores en las industrias que compiten con nuevas importaciones y oferentes extranjeros (Carboni y otros 2018).

Especialmente cuando se trata de países en desarrollo con un desequilibrio de poder comercial frente a economías más desarrolladas, la apertura del comercio y de las contrataciones públicas a licitantes internacionales puede profundizar la pobreza y dañar o destruir las industrias locales debido a la falta de reciprocidad. Es decir, la pérdida de oportunidades de contratos nacionales a manos de oferentes extranjeros no puede contrarrestarse con la posibilidad de obtener la adjudicación de otras licitaciones en el extranjero debido a falta de capacidad, conocimientos o experiencia (Ssenoga 2006).

Al abrir el mercado de contratación local a oferentes extranjeros, los países deben evaluar y sopesar una serie de factores, entre ellos, asegurar la calidad, el aprovechamiento de los fondos, la sostenibilidad de los proyectos, condiciones parejas para las empresas nacionales, la protección del consumidor, la protección de la seguridad nacional y las normas sobre competencia, y estándares ambientales, laborales y otros estándares sociales relevantes (Comisión Europea 2019a).

Corrupción en las contrataciones y oferentes extranjeros

Si bien se han hecho intentos organizados para abrir los mercados de contratación pública a

oferentes extranjeros mediante el establecimiento de acuerdos de comercio internacionales y la integración económica regional, la mayor parte de la contratación pública continúa siendo ampliamente nacional (Berglind y otro 2018). Esto se debe a los obstáculos tanto explícitos como implícitos que enfrentan las empresas internacionales en las licitaciones públicas (Berglind y otros 2018; Carboni y otros 2018; Ssenoga 2006).

Asimismo, la proliferación de estructuras societarias internacionales complejas que facilitan la corrupción, el lavado de dinero y la evasión fiscal plantea riesgos de integridad posiblemente novedosos para los mercados de contratación (Transparency International 2020a). Según la OCDE (2007), las transacciones comerciales transnacionales puede ser especialmente propensas a riesgos de corrupción, en especial por la posibilidad de un escrutinio menos riguroso en el extranjero, y en parte debido a estructuras societarias transnacionales complejas, con entidades constituidas en varios países y miles de empleados en ubicaciones diferentes, lo que dificulta la identificación y trazabilidad de los sobornos. Asimismo, las transacciones transnacionales, incluida la contratación pública internacional, suelen involucrar otro nivel de actores, como bancos de desarrollo u organismos de crédito a la exportación, y existe la posibilidad de que estos empleen a personas que podrían solicitar o exigir sobornos (OCDE 2007).

Por lo tanto, los riesgos de corrupción asociados con las empresas internacionales en la contratación pública podrían surgir como resultado de alguno de estos dos elementos:

1. la falta de regulación en mercados de contratación completamente “abiertos” que no aplican restricciones a las empresas extranjeras, en especial cuando no se exige que los oferentes den a conocer quiénes son los beneficiarios finales,

o bien,

2. medidas proteccionistas que imponen restricciones a los oferentes extranjeros. Cuáles sean concretamente las restricciones a los criterios de elegibilidad para las empresas extranjeras será un elemento determinante del riesgo de corrupción. Por ejemplo, el riesgo de corrupción específico puede variar entre sistemas en los que las empresas extranjeras que desean ofertar deben establecer primero una presencia local en el país, y aquellos sistemas en los que los licitantes extranjeros están obligados a cumplir con prescripciones sobre contenido local.

Riesgos y beneficios de la contratación pública abierta

Los beneficios que se atribuyen habitualmente a la apertura del mercado de contratación pública a oferentes extranjeros por lo general son similares a los que se citan en relación con el libre comercio en general. Estos beneficios incluyen una mayor competencia, incentivos para innovar, reducciones de costos, desarrollo de capacidades, mayor productividad y acceso a nuevos mercados para las empresas nacionales (Anderson y otros 2010; Carboni y otros. 2018; Ssenoga y otros 2018).

Anderson y otros (2010) sostienen además que una liberalización de los mercados de contratación pública, y la introducción de actores externos, reduce las probabilidades de colusión, pues se considera que cuantos más actores haya, más difícil será que un grupo de ellos se reúna para manipular el sistema en su beneficio.

Las medidas proteccionistas que favorecen a los proveedores nacionales no solo son un obstáculo no arancelario para el libre comercio, según Carboni y otros (2018); también pueden ser un efecto o una señal de corrupción que se manifiesta como captura del Estado por parte de

grupos de interés poderosos que pretenden restringir la competencia.

En esa misma línea, Mungiu-Pippidi (2018: 5) ha sostenido que el libre comercio puede frenar la corrupción en primer lugar al perturbar los contactos de privilegio y las redes de corrupción (lo cual reduce la influencia de las empresas rentistas nacionales que procuran “influir en las reglamentaciones nacionales a su favor”), y en segundo lugar al aumentar la competencia y la transparencia.

Esto no quiere decir que los riesgos de corrupción, como el nepotismo y los sobornos, no existan cuando no hay restricciones al ingreso al mercado para las empresas extranjeras. Incluso en un mercado abierto, las empresas pueden sobornar a funcionarios públicos para conseguir adjudicaciones, y los funcionarios públicos pueden abusar de su poder para favorecer a empresas con las que tienen vínculos familiares, políticos o comerciales. Por consiguiente, si bien el libre comercio en ocasiones se ha destacado como un medio para reducir la corrupción a través de una mayor competencia, es poco probable que, por sí sola, la liberalización del comercio frene la corrupción, si no está acompañada de suficiente transparencia, reglamentaciones efectivas y medidas de supervisión (Anderson y otros 2016 y Mungiu-Pippidi 2018).

De hecho, existen ciertos indicios de que los niveles de corrupción son más altos cuando hay empresas internacionales involucradas. Un estudio realizado en 1999 por el Banco Mundial y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) en economías de transición de Europa del Este y Asia Central determinó que el 35 % de las empresas transnacionales con sede en el extranjero pagaban sobornos durante las licitaciones públicas, mientras que solo el 25 % de las empresas nacionales refirieron pagar sobornos durante estas licitaciones (Søreide 2002).

Según el Informe 2014 de la OCDE sobre Cohecho Internacional (OCDE 2014b), el 57 % de los casos de soborno transnacional se relacionaban con acciones orientadas a conseguir la adjudicación de un contrato público. Asimismo, algunas de las sanciones más importantes aplicadas conforme a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*, FCPA) se dictaron contra empresas acusadas de sobornar a funcionarios extranjeros para conseguir contratos públicos. En un caso —el de mayor envergadura hasta entonces—, la empresa sueca de telecomunicaciones LM Ericsson debió pagar en 2019 más de USD 1.000 millones para llegar a un acuerdo con el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores de Estados Unidos con respecto a los cargos por soborno de funcionarios en China, Yibuti, Indonesia y otros lugares para conseguir contratos de provisión de equipos (Totty 2020).

Del mismo modo, Mungiu-Pippidi (2018) sostiene que el libre comercio por lo general ayuda a reducir la corrupción, pero reconoce que cuando los acuerdos de libre comercio se realizan entre países que se consideran limpios y otros con altos niveles de corrupción, en realidad esto puede tener un efecto indirecto negativo. Es decir, las empresas con sede en países donde la incidencia de la corrupción es relativamente baja pueden participar en actos de corrupción en otros países debido a que se percibe a la corrupción como un costo necesario para hacer negocios en esos mercados.

Sin embargo, el Informe 2014 de la OCDE sobre Cohecho Internacional (OCDE 2014) determinó que, a diferencia de la percepción generalizada, de todos los casos analizados, la mayoría (67 %) de los sobornos se pagaron a funcionarios públicos de países con puntuaciones de desarrollo humano medias a muy altas, en lugar de países en desarrollo. Y, hasta 2020, de los 10 arreglos extrajudiciales más importantes a los que se llegó

en virtud de la FCPA, ocho empresas tenían su sede central en la UE o EE. UU.

La mayor incidencia de medidas de cumplimiento contra empresas en economías desarrolladas no significa que estos mercados sean más propensos a la corrupción. En líneas generales, los mercados desarrollados, especialmente los que son parte de la Convención de la OCDE contra el Soborno, tienen marcos jurídicos más sólidos y medidas de cumplimiento más robustas, aunque estas últimas se han debilitado desde 2018, según Transparency International (2020b).

Es posible que, debido a esto, no se aprecie correctamente cuál es la prevalencia de la corrupción en diferentes mercados. No obstante, la enorme magnitud de los diversos escándalos de sobornos en los que se vieron involucradas empresas de países de la OCDE en los últimos años muestra un panorama complejo en lo que respecta a la corrupción y el papel de las empresas de países presuntamente “limpios” frente a los “corruptos”, sobre todo cuando las empresas buscan ganar contratos en mercados extranjeros (Transparency International 2020b).

Riesgos de corrupción relacionados con la falta de transparencia sobre los beneficiarios finales en los mercados de contratación internacionales

Las estructuras societarias se han vuelto cada vez más complejas en las últimas décadas, lo que hace difícil identificar a los beneficiarios finales. Beneficiario final se refiere a la persona o las personas que efectivamente son propietarias o tienen el control de una entidad u otro instrumento jurídico, o en cuyo nombre se realiza una transacción. Son siempre personas físicas. En los casos en que los accionistas principales de una sociedad son entidades o instrumentos jurídicos (como un fideicomiso o una sociedad de responsabilidad limitada [LLC]), el beneficiario final será la persona o las personas que sean propietarias o tengan el control de las entidades o

instrumentos jurídicos y, por lo tanto, las propietarias legales de la sociedad (en dicho escenario, el propietario legal y el beneficiario final no son la misma persona). Cuanto más extensa sea la cadena de entidades jurídicas entre la sociedad y sus beneficiarios finales verdaderos, y cuantas más jurisdicciones intervengan, más difícil será identificarlos (BID y OCDE 2019).

Cuando no se requiere que los oferentes divulguen quiénes son sus verdaderos titulares, podrían ocultar su identidad y finalidad comercial bajo varios estratos de entidades e instrumentos jurídicos con accionistas desconocidos. Es probable que esto aumente los riesgos de lavado de dinero y evasión fiscal, y permita que permanezcan ocultos conflictos de intereses, las actividades ilegales o la condición de personas políticamente expuestas (BID y OCDE 2019). Además, cuando los requisitos sobre beneficiarios finales son débiles o inexistentes, esto podría permitir inversiones no verificadas de países de alto riesgo.

En el área de la contratación pública, esto implica que una sociedad que gana una licitación podría tener vínculos con funcionarios públicos que no sean evidentes a primera vista. En tal sentido, a menos que los organismos contratantes exijan que las entidades que compiten por una licitación divulguen quiénes son sus beneficiarios finales, las personas políticamente expuestas podrían utilizar sociedades extraterritoriales para ocultar sus participaciones en una empresa licitante y acceder a contratos públicos para los que no reúnen las condiciones.

Si bien esto puede ser un riesgo tanto en mercados restringidos como de contratación abierta, cuanto más complejas, globales y entrelazadas sean las estructuras societarias, mayor será el riesgo. En el escándalo de corrupción Odebrecht, por ejemplo, la compañía brasileña “operaba una red de sociedades pantalla y cuentas en paraísos fiscales que se usaban para

pagar sobornos a funcionarios brasileños y extranjeros” (Transparency International 2018:18), con el objeto de conseguir contratos públicos y ejercer influencia sobre la formulación de políticas en Brasil y en el extranjero. Las sociedades pantalla se han utilizado en varias maniobras de corrupción que involucran a empresas multinacionales, incluidas SNC Lavalin, Airbus, Fresenius y Mobile TeleSystems (MTS), que han utilizado la estructura para ocultar pagos de sobornos y comisiones ilícitas (Transparency International 2020b).

La insuficiente transparencia en materia de beneficiarios finales también obstaculiza las acciones de cumplimiento, que son un elemento disuasivo clave para desalentar que las empresas paguen sobornos como medio para conseguir contratos internacionales (Transparency International 2020b).

Riesgos de corrupción que surgen de medidas proteccionistas en la contratación pública

Como se ha analizado antes, por diversos motivos, muchos países procuran restringir (parcialmente) el acceso de las empresas extranjeras a sus mercados de contratación, a menudo en ciertas industrias o en contratos públicos de determinada envergadura.

Esto puede implementarse a través de restricciones explícitas o implícitas de acceso al mercado. En el caso de las primeras, los países requieren formalmente que las empresas extranjeras cumplan con una serie de restricciones antes de ofertar en el mercado de contratación pública nacional, como la exigencia de que adopten la forma de emprendimientos conjuntos locales, la exigencia de que parte de las adquisiciones o contrataciones sean en el ámbito local, etcétera. Los países que aplican restricciones implícitas de acceso al mercado no imponen oficialmente requisitos restrictivos a las empresas extranjeras, pero en la práctica aplican

determinados procesos de una manera que discrimina a los oferentes extranjeros.

Algunas características de los mercados cerrados podrían facilitar que haya mayores niveles de corrupción. Un proceso de contratación en el que solo participen oferentes locales, que tienen relaciones de larga data con la clase política del país, puede conllevar un mayor riesgo de colusión, conflictos de intereses y nepotismo.

Especialmente en mercados más pequeños, donde suele haber vínculos personales o familiares estrechos entre funcionarios públicos y actores privados, las redes (posiblemente corruptas) pueden ser más sólidas y difíciles de penetrar para los oferentes entrantes. Esto, a su vez, podría incitar a los oferentes extranjeros a tratar de ofrecer sobornos para ingresar en estos mercados.

Algunos académicos, entre ellos Anderson y otros (2010) y Mungiu-Pippidi (2018), han planteado que la mayor internacionalización y competencia extranjera que se alcanza a través de acuerdos de libre comercio, como el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), podría reducir el riesgo de colusión y corrupción. Este podría ser especialmente el caso de las economías que se hayan distinguido hasta entonces por el poder de contactos privilegiados y empresas rentistas. Según Mungiu-Pippidi (2018), este menor riesgo de corrupción se debe a la mayor competencia y al aumento de la transparencia fiscal y de las contrataciones que (idealmente) traen aparejados los acuerdos de libre comercio.

Otro factor a tener en cuenta es que se suele indicar que las PyME son más propensas a pagar sobornos para conseguir ventajas económicas o contratos (Pelizzo y otros 2016 y OCDE 2016). Según datos de la OCDE (2016), esto se debe a que carecen de suficiente tiempo, recursos, capacidad e influencia para rechazar las exigencias de sobornos. Asimismo, los

funcionarios públicos suelen exigir menos sobornos a las empresas con mayor poder de negociación, para el cual el tamaño de la empresa es un factor determinante (Svensson 2003; Jenkins 2018b).

Las PyME suelen caracterizarse por un alto grado de informalidad, sistemas internos de gestión de integridad débiles, poder de negociación limitado y una menor consideración por los impactos negativos de la corrupción para la reputación y a largo plazo, lo que las hace más susceptibles a considerar la corrupción para conseguir resultados (OCDE 2016; Serafeim 2014: 21). Dado que las PyME representan alrededor del 90 % de las empresas en la mayoría de las economías, esto podría ser indicativo de que un mercado de contratación exclusivamente local, sin actores extranjeros o internacionales, podría ser más propenso a la corrupción (Jenkins 2018b; OCDE 2016).

Por otra parte, el Informe 2014 de la OCDE sobre Cohecho Internacional (OCDE 2014) determinó que el 60% de los casos de soborno transnacional involucraban a empresas más grandes y solo el 4 % a PyME, mientras que el resto se desconoce. Sin embargo, esto también podría deberse a la propensión de las empresas más grandes a intervenir en transacciones comerciales internacionales.

Requisitos de presencia comercial o emprendimientos conjuntos

Una restricción explícita de acceso al mercado que se observa habitualmente es el requerimiento previo de que las empresas extranjeras interesadas en participar en licitaciones por contratos públicos deban establecer una presencia comercial local o formar emprendimientos conjuntos con socios locales.

En algunos países, como en Bolivia, solo se permite que las empresas extranjeras participen en licitaciones de contratos públicos por encima

de un determinado nivel y, cuando lo hacen, deben asociarse con una empresa local (Representante Comercial de EE. UU. 2021). En Brasil, las empresas extranjeras deben establecer una representación en el país para poder participar en procesos de contratación pública (Transparency International 2018).

La imposición de estos requisitos puede comportar riesgos como conflictos de intereses, influencia indebida, favoritismo y nepotismo (Martini 2014). Este podría ser el caso cuando las empresas extranjeras se ven obligadas a asociarse con una empresa en particular que tiene vínculos familiares o económicos con funcionarios públicos para aumentar o garantizar las posibilidades de resultar adjudicatarias. En casos más extremos, las empresas locales no proporcionan ningún servicio significativo, sino que simplemente actúan como sociedades pantalla para enriquecer a personas que forman parte de la red del funcionario. La empresa local con la cual el oferente internacional elige asociarse, o es presionado a hacerlo, también puede ser una sociedad pantalla que solo existe formalmente. En el caso de Angola, se ha insinuado, por ejemplo, que compañías de petróleo y gas internacionales hicieron pagos ilegales a sociedades pantalla locales con estructuras de titularidad poco claras, que por lo general no tienen la capacidad de implementar ninguna parte del contrato adjudicado, con el fin de enriquecer a personas políticamente expuestas (PPE) o representantes del gobierno (Martini 2014).

Los acuerdos de formación de emprendimientos conjuntos, sobre todo en mercados emergentes, puede entrañar mayores riesgos de corrupción para las empresas (Alliance for Integrity, sin fecha, y Kwicinski 2017). Según Alliance for Integrity (sin fecha), cabe tener presente que los países que exigen acuerdos de emprendimientos conjuntos para acceder al mercado local suelen ser más propensos a la corrupción.

A su vez, cuando se exige el establecimiento de una presencia local, pueden aumentar los riesgos asociados al otorgamiento de licencias. Especialmente en países con índices de corrupción altos, los sobornos y pagos de facilitación suelen ser un factor inquietante al abrir empresas o solicitar las licencias correspondientes. En 2019, Walmart fue multada con USD 282 millones por cargos al amparo de la FCPA relacionados con sobornos a funcionarios en México, China, Brasil y la India durante el proceso de obtención de licencias para la apertura de nuevas tiendas (Totty 2020).

En los emprendimientos conjuntos, con frecuencia el socio local se encarga de solicitar las aprobaciones reglamentarias y obtener las licencias correspondientes; todas estas son áreas con altos riesgos de corrupción respecto de las cuales es probable que el socio extranjero tenga posibilidades limitadas de supervisión. Varias empresas multinacionales han enfrentado investigaciones y cargos conforme a la FCPA por conductas vinculadas con emprendimientos conjuntos en mercados emergentes (Kwicinski 2017). Un ejemplo es el de la empresa minera Rio Tinto, que enfrentó cargos por pagos ilegales relacionados con un emprendimiento conjunto en Guinea; AB InBev, que debió pagar USD 6 millones en un arreglo extrajudicial conforme a la FCPA por un emprendimiento conjunto en la India; y GSK, que llegó a un acuerdo ante una medida de cumplimiento conforme a la FCPA de USD 20 millones por pagos irregulares vinculados a su emprendimiento conjunto en China (Kwicinski 2017).

Sin embargo, a nivel mundial no hay claridad suficiente respecto de la responsabilidad que cabe a las empresas controlantes por sus subsidiarias en materia de sobornos. Asimismo, en la mayoría de los países las controlantes son responsables por sus subsidiarias solo cuando las primeras participan en la conducta ilícita de las subsidiarias o la ordenan (Transparency International 2020b).

Ante esto, Transparency International (2020b) insta a que se establezca la responsabilidad general de la empresa controlante cuando esta no impida que sus subsidiarias o afiliadas incurran en sobornos, en los supuestos en que la controlante ejerza un control significativo. También se espera que la divulgación de las cadenas de titularidad en los casos de soborno transnacional opere como factor disuasivo para las empresas controlantes internacionales.

Entre las medidas orientadas a mitigar esos riesgos relacionados con los emprendimientos conjuntos se incluyen una debida diligencia adecuada antes de la celebración de este tipo de acuerdos, mantener las funciones vulnerables (como la gestión de la cadena de suministro y las contrataciones) dentro de la organización, cerciorarse de que los programas contra la corrupción se apliquen a los emprendimientos conjuntos, crear los comités veedores que sean pertinentes y fortalecer las funciones de auditoría, asegurar el acceso a la información, y ajustar los derechos de voto y de designación de altos directivos (Alliance for Integrity, sin fecha, y Kwicinski 2017).

Los riesgos se exacerban cuando las regulaciones y requisitos sobre divulgación de los beneficiarios finales son poco rigurosos, pues esto permite que las empresas y los ejecutivos oculten su relación tras una red de sociedades pantalla (Transparency International 2018). Es posible que las estructuras societarias complejas tengan fines comerciales legítimos (incluidos legales, contables u operativos); sin embargo, cuando no queda clara la identidad de los verdaderos beneficiarios finales, estos arreglos deben examinarse rigurosamente para impedir que oculten la exposición política (Sayne y otros 2017). Las señales de advertencia especiales a las que se debe estar atento, según Sayne y otros (2017), son las cadenas o redes de empresas pantalla en la estructura societaria, la presencia de accionistas nominales, acciones al portador o

fideicomisos con beneficiarios desconocidos, y accionistas con fondos limitados o sin vínculos visibles con el sector.

Preferencias para precios nacionales o requisitos relativos a contenido local

Otras restricciones expresas que son comunes en el acceso a mercados incluyen preferencias para precios nacionales y requisitos relativos a contenido local. Las normas sobre preferencias para precios nacionales o requisitos de contenido local no restringen la participación de oferentes extranjeros en las licitaciones. Sin embargo, se da preferencia a las ofertas nacionales por sobre las extranjeras de la misma calidad hasta una cierta diferencia de precio (preferencia para precios nacionales), o los oferentes deben tener su producción por lo menos parcialmente en el país, usar productos nacionales o contratar mano de obra nacional (requisitos relativos a presencia local) (Gourdon y otros 2017 y Ssenoga 2006).

Cuando existen requisitos de presencia local o nacional, las entidades responsables de la contratación compran a oferentes extranjeros solo si estos se comprometen a abastecerse de una cierta cantidad de productos o servicios en el ámbito local o a contratar determinada cantidad de personal local. Las condiciones compensatorias que exigen un cierto nivel de transferencia de tecnología, inversión u otra forma de asistencia económica también se encuadran en esta categoría (Gourdon y otros 2017 y Ssenoga 2006).

En los casos en que determinadas partes de los proyectos de contratación, por lo general aquellos por debajo de un cierto valor monetario, se encuentren destinadas a un grupo específico de empresas, como las PyME, a ese tipo de proceso se lo denomina programas de “reserva” (Carboni y otros 2018).

Varios países imponen esta clase de restricciones a los licitantes extranjeros. En la UE, “los

compradores públicos de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales pueden rechazar las ofertas para contratos de suministro, en la medida en que la proporción de productos originarios de terceros países supere el 50 % del valor total de los productos constitutivos de la oferta” (Comisión Europea 2019a: 9).

Argentina utiliza una preferencia para precios nacionales y requisitos relativos a contenido local. Se puede dar preferencia a las empresas nacionales por sobre los oferentes extranjeros, siempre que el precio nacional no supere en más del 5 % al 7 % a la oferta extranjera. Asimismo, los oferentes extranjeros que ganen licitaciones deben subcontratar por lo menos el 20 % del trabajo con proveedores locales (Representante Comercial de Estados Unidos 2021).

En Paraguay, se da preferencia a las ofertas con al menos el 40 % de insumos nacionales o el 70 % de mano de obra nacional, aunque el producto sea hasta un 40 % (ofertas nacionales) o un 10 % (ofertas internacionales) más costoso (Representante Comercial de Estados Unidos 2021).

Brasil, por su parte, da preferencia a las empresas que producen en el ámbito local y que contribuyen de otra forma a la economía local, como a través de la generación de empleo local o los aportes al desarrollo tecnológico. Algunos países en América Latina, incluidos Bolivia y Uruguay, también dan preferencia a las empresas pequeñas y las microempresas locales (Representante Comercial de Estados Unidos 2021).

Puede haber motivos válidos para esas medidas, como por ejemplo, proteger industrias locales incipientes o más pequeñas que, de otro modo, no serían competitivas, transferir tecnología y capacidad, crear puestos de trabajo y promover el desarrollo social y económico (Martini 2014). Pero como Martini (2014) ha explicado en detalle respecto del sector de petróleo y gas, los

requisitos relativos a contenido local, si bien en ocasiones son válidos, puede acarrear riesgos de corrupción importantes. Los funcionarios gubernamentales pueden abusar de su posición para beneficiar a empresas locales con las que tienen vínculos personales o económicos, extorsionando a las compañías internacionales para que se asocien con empresas favorecidas. Las empresas extranjeras también pueden (ser alentadas a) pagar sobornos o comisiones ilícitas a empresas locales para que actúen como una “pantalla” en los procesos de licitación, cuando en realidad no prestan ningún servicio, un riesgo que también se mencionó anteriormente en el caso de los requisitos de emprendimientos conjuntos.

En países con altos niveles de corrupción y vínculos sólidos entre el gobierno y la clase dirigente empresarial (o el primero se recluta en gran medida de la segunda), existe el riesgo de que la introducción de normas sobre contenido local sea principalmente un medio para enriquecer a la élite empresarial y política del país, en lugar de promover el desarrollo de todos (Martini 2014).

Restricciones implícitas al acceso al mercado

Las restricciones implícitas de acceso al mercado se refieren a medidas en el proceso de licitación que no están directamente dirigidas a limitar el acceso para los oferentes extranjeros, pero que pueden utilizarse para eso en la práctica.

Esto puede incluir requisitos de registro o preselección de oferentes que son difíciles o imposibles de cumplir a distancia (incluidos requisitos de firma presencial) o condiciones excesivamente restrictivas (Gourdon y otros 2017).

Especificar las condiciones previas y establecer una descripción de los requisitos de licitación puede ser bastante complejo cuando se trata del riesgo de corrupción. Contar con pliegos de licitación y criterios de exclusión, selección y

adjudicación claros y específicos es de suma utilidad para el control de calidad. También pueden utilizarse como medio legítimo para asegurar la observancia de los estándares ambientales y sociales y preferir oferentes que se abastecen de materiales sostenibles o conservan la certificación ambiental o social correspondiente (Comisión Europea 2019a). Si se implementan adecuadamente, también pueden contribuir a reducir el riesgo de corrupción, dado que limitan la discrecionalidad (Martini 2015).

Sin embargo, si son excesivamente restrictivos, también pueden utilizarse con intencionalidad corrupta para adecuar una licitación a un oferente en particular, ya sea debido a nepotismo o favoritismo, o en respuesta al pago de un soborno o a influencia indebida. Esto ocurre cuando se exigen licencias o requisitos locales que son intrascendentes para la ejecución de la licitación, incluidas condiciones excesivamente subjetivas, plazos poco realistas o la exigencia de requisitos irrelevantes de antecedentes o experiencia previos (OCDE 2009 y Martini 2015).

También se debe aplicar un escrutinio riguroso cuando las condiciones de la licitación y los términos contractuales difieren significativamente (y sin motivo evidente) de las normas de la industria o licitaciones anteriores (Sayne y otros 2017). Las señales de advertencia que pueden sugerir que hay colusión o licitaciones hechas a medida entre oferentes y funcionarios de contrataciones incluyen los siguientes supuestos, según Sayne y otros (2017): varias empresas vinculadas a la(s) misma(s) persona(s) que presentan ofertas; una cantidad inusual de ofertas en apariencia intencionalmente defectuosas; renegociación de condiciones más favorables para la empresa adjudicataria con posterioridad a la adjudicación; y la exclusión de ofertas válidas sin motivo aparente.

Para mitigar este riesgo, la legislación en materia de contratación pública debe disponer una lista

exhaustiva de criterios de evaluación que se aplicarán a las condiciones de licitación, que puede incluir requisitos profesionales, técnicos y ambientales necesarios, idoneidad profesional y técnica, capacidad jurídica, estándares éticos, ausencia de antecedentes penales y no figurar en listas de inhabilitación, entre otros (Martini 2015).

Una manera en que se manifiesta la corrupción en las contrataciones públicas, sin violar formalmente las normas sobre contratación de manera manifiesta, es la retención o la distribución selectiva de información relevante. Esto puede hacerse invitando deliberadamente solo a un número selecto de empresas a presentar ofertas, invitando a una gran cantidad de empresas no calificadas, anunciando licitaciones con plazos muy breves o compartiendo la información necesaria de manera selectiva. Todo esto puede dar por resultado una ventaja indebida para ciertas empresas, pese a que podría sostenerse que el proceso de licitación es competitivo. Las disposiciones sobre confidencialidad excesivas y las asimetrías en la información también generan oportunidades para exigir sobornos. Divulgar información insuficiente o solo publicar de manera selectiva la información relacionada con la contratación también pueden constituir una restricción implícita de acceso al mercado (Gourdon y otros 2017 y Søreide 2002).

Cuadro 1: Síntesis de los riesgos de corrupción por tipo de restricciones del mercado de contratación para oferentes extranjeros

| Tipo de mercado de contratación | Característica del mercado de contratación | Riesgo de corrupción |
|--|---|---|
| <i>Cerrado/proteccionista</i> | Requisitos de presencia comercial/emprendimientos conjuntos | <ul style="list-style-type: none"> ▪ conflictos de intereses ▪ nepotismo/favoritismo ▪ influencia indebida ▪ creación de sociedades pantalla (por PPE) que generan ingresos sin proporcionar servicios ▪ sobornos y pagos de facilitación en los procesos de otorgamientos de licencias y aprobación |
| <i>Cerrado/proteccionista</i> | Preferencias para precios nacionales/requisitos relativos a contenido local | <ul style="list-style-type: none"> ▪ conflictos de intereses ▪ nepotismo/favoritismo ▪ sobornos ▪ malversación/enriquecimiento ▪ creación de sociedades pantalla (por PPE) que generan ingresos sin proporcionar servicios |
| <i>Cerrado/proteccionista</i> | Restricciones implícitas al acceso al mercado | <ul style="list-style-type: none"> ▪ conflictos de intereses ▪ nepotismo/favoritismo ▪ sobornos ▪ influencia indebida ▪ colusión |
| <i>Abierto</i> | Sin restricciones | <ul style="list-style-type: none"> ▪ conflictos de intereses/exposición política, ocultos por la insuficiente transparencia en materia de beneficiarios finales ▪ lavado de dinero ▪ sociedades pantalla utilizadas para ocultar pagos de sobornos y comisiones ilícitas |

Medidas de mitigación

En respuesta a los acuerdos internacionales que reconocen cada vez más la incidencia de la corrupción en la contratación pública, varias organizaciones han adoptado estándares y principios para promover la integridad en la contratación pública de manera general. Entre estos se destacan los Principios de la OCDE para la Integridad en las Compras del Sector Público (OCDE 2009). En estos principios, la OCDE establece normas y valores que los países y las entidades responsables de las contrataciones deberían respetar e implementar para reducir la corrupción y promover la integridad en la contratación pública. Estos incluyen la transparencia en todo el ciclo de contratación, procurar licitaciones competitivas, buena administración de los fondos públicos, asegurar altos estándares profesionales por parte de los funcionarios responsables de las contrataciones, prevenir instancias de conducta indebida, alentar la cooperación entre actores interesados, controlar el cumplimiento, e implementar medidas de rendición de cuentas y control.

A partir de estos estándares más generales, se han propuesto y analizado ampliamente medidas de mitigación más operativas (ver, por ejemplo, Heggstad y Frøystad 2011; Martini 2013; OCDE 2014a; OCDE 2016; Wickberg 2013). Entre estas se pueden mencionar códigos de conducta, pactos de integridad, procesos de licitación claros y transparentes, vigilancia por parte de la sociedad civil y la ciudadanía, mecanismos eficaces para la presentación de quejas y denuncias, desarrollo de capacidades de los funcionarios públicos, leyes sobre conflictos de intereses, protección de denunciantes, reuniones de análisis final para proveedores/ofertantes y mantener registros precisos de la contratación. Esas medidas deben apoyarse en una ley sobre contratación pública de contenido exhaustivo, cuyos componentes claves han sido detallados por Martini (2015).

Estas medidas de mitigación permiten contrarrestar los riesgos de corrupción en la contratación pública en general y repercuten de manera positiva en los procesos de contratación pública que involucran a oferentes extranjeros.

La siguiente sección brinda una síntesis de las medidas que, si bien son aplicables a la contratación pública en general, resultan especialmente relevantes cuando esta se encuentra abierta a oferentes internacionales.

Transparencia y divulgación de información

La igualdad en el acceso a la información sobre la licitación (como las condiciones y los criterios de selección, así como la evaluación y el proceso de adjudicación) resulta clave para que haya igualdad de condiciones y competencia leal.

Para contrarrestar los riesgos de que la información solo se divulgue de manera selectiva, es fundamental que haya una comunicación libre y de fácil consulta de las licitaciones y del consiguiente proceso de contratación (Gourdon y otros 2017).

Son varias las normas internacionales que abordan y alientan la transparencia en la contratación pública, entre ellas la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, los Principios de la OCDE para la Integridad en las Compras del Sector Público y los Estándares de Transparencia en la Contratación Pública de APEC (OCDE 2014a). Establecer un proceso estandarizado, en el que las reglamentaciones sobre contratación pública, las oportunidades y los documentos de la licitación estén a disposición del público y pueda accederse a ellos fácilmente, y en el que la información sobre el proceso de evaluación y selección se divulgue, reduce el margen de discrecionalidad, aumenta la rendición de cuentas, permite la supervisión (incluido por parte de la sociedad civil) y genera

mayor confianza en el proceso (Gourdon y otros 2017; OCDE 2014a; Søreide 2002; Wickberg 2013).

Las disposiciones sobre acceso a la información y las iniciativas en materia de transparencia, incluida la contratación abierta, son, por lo tanto, características claves para reducir el riesgo de corrupción en la contratación pública, tanto nacional como internacional. Conforme al [estándar de datos para las contrataciones abiertas](#), la totalidad del proceso de contratación, desde la planificación hasta la implementación y el monitoreo, se publica en línea. Esto permite que los ciudadanos, periodistas, responsables de adopción de políticas y otras partes interesadas examinen el proceso y la asignación de fondos, lo que hace que la contratación pública sea más transparente y que se rindan cuentas (Schoeberlein 2019 y Transparency International y otros 2017).

Sin embargo, según la OCDE (2016), para que esto sea efectivo y admita la supervisión por parte de la sociedad civil y otros actores interesados, se debe garantizar la calidad de los datos, los datos deben publicarse de manera oportuna, se deben implementar líneas de denuncia que sean eficaces para informar la conducta indebida a los organismos pertinentes, y se deben garantizar la capacidad de procesamiento y la protección de denunciantes. Tanto Argentina como México han creado sitios web de contratación pública, Argentina Compra y Compranet, que publican regulaciones relevantes, información institucional, estadísticas de contratación, información sobre oferentes anteriores y requisitos para la presentación de ofertas, y proveedores presentes y pasados (OCDE 2014a).

Asimismo, México instituyó el concepto de testigo social, que es obligatorio para los contratos públicos por encima de un cierto valor o de impacto significativo, en el que los representantes de la sociedad civil y otras personas u

organizaciones reputadas participan en el proceso de contratación como observadores externos (ONUDD 2013).

Soluciones digitales y contrataciones electrónicas

Las soluciones digitales pueden facilitar considerablemente los esfuerzos de transparencia y hacerlos más rentables y accesibles a un conjunto más amplio de actores interesados.

La contratación electrónica es uno de esos esfuerzos, que incluye la publicación electrónica de oportunidades de contratación, la distribución electrónica de documentos de la licitación y la presentación electrónica de ofertas (ONUDD 2013). Puede reducir los costos administrativos, facilitar el monitoreo y el acceso a las licitaciones, alentar la competencia transnacional y permitir una detección más sencilla de instancias de manipulación fraudulenta de ofertas, colusión y otras irregularidades. También reduce las interacciones entre las empresas oferentes y los funcionarios públicos, pues se entiende que son una de las principales oportunidades para que surjan comportamientos corruptos (OCDE 2016; OCDE 2014a; Schoeberlein 2019; ONUDD 2013; Wickberg 2013).

Si bien los esfuerzos orientados a digitalizar los procesos de contratación pública, así como las medidas diseñadas para que haya más transparencia, son medios útiles para mitigar el riesgo de corrupción en la contratación pública en general (Gourdon y otros 2017 y Wickberg 2013), pueden tener particular relevancia en las licitaciones transnacionales, que dependen mucho más de los procesos remotos y se caracterizan por una mayor complejidad.

Compranet en México incluye un proceso de contratación electrónica, y se ha establecido su obligatoriedad para la administración pública federal mexicana desde la reforma de la

contratación pública que atravesó el país en 2009 (OCDE 2014a). De manera similar, los procesos de contratación electrónica Guatecompras de Guatemala y el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) de Costa Rica constituyen plataformas de compras únicas, cuyo uso es obligatorio para los organismos gubernamentales (Representante Comercial de Estados Unidos 2021).

Transparencia con respecto a beneficiarios finales

La transparencia en materia de beneficiarios finales ha cobrado cada vez mayor importancia en los últimos años, en un contexto en el que organizaciones internacionales, entre ellas el G20, la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (*Extractive Industries Transparency Initiative*, EITI), el Grupo de Acción Financiera (*Financial Action Task Force*, FATF) y el Foro Mundial sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE, abogan por una mayor transparencia y el compromiso de que se establezcan registros de beneficiarios finales, y han incorporado un mayor grado de cooperación y alienación en sus agendas (BID y OCDE 2019 y Van der Merwe 2020).

Un primer paso que contribuye a identificar conflictos de intereses y exposición política de parte de funcionarios públicos es la adopción de pautas claras, códigos de conducta y requisitos para que los funcionarios públicos divulguen cualquier interés externo (personal o profesional) que puedan tener, y se excusen de intervenir en decisiones de contratación con las que puedan tener un conflicto para evitar la (percepción de) conducta indebida o parcialidad en la toma de decisiones (Martini 2013).

En los últimos años, esto se ha extendido y ahora se insta también a que haya registros centralizados con información sobre la titularidad de todas las entidades jurídicas (e instrumentos)

en una determinada jurisdicción que utilizarán las autoridades y (en ocasiones) el público si es necesario (Van der Merwe 2020).

El FATF insta a los estados a recabar “información adecuada, precisa y actualizada” sobre los beneficiarios finales de las entidades e instrumentos jurídicos, que pueda ser puesta a disposición de las autoridades de ser necesario. Pero no exige que dichos registros sean públicos (BID y OCDE 2019).

No obstante, las estructuras societarias cada vez más complejas, así como los escándalos de corrupción recientes vinculados con el secreto societario, incluidos los revelados por los *Panama Papers*, *Paradise Papers* y *Luanda Leaks*, han llevado a la sociedad civil a reclamar que haya registros centrales de beneficiarios finales que sean accesibles al público y prevean obligaciones de presentación de informes para las sociedades, así como sanciones efectivas para aquellas que no divulguen la información sobre sus verdaderos titulares (Bak 2021; Transparency International 2020a; Transparency International 2020b). De esta manera los actores interesados o afectados, incluidos la sociedad civil y los periodistas, podrían identificar quiénes son los principales accionistas y los beneficiarios finales de una empresa, y contribuir a exponer conflictos de intereses, detectar maniobras de lavado de dinero y rastrear el origen de patrimonios no justificados.

Contar con registros adecuados de dominio público también facilitaría la aplicación de la legislación interna, así como la cooperación y la ejecución internacional entre jurisdicciones. Pueden generar mayor igualdad de condiciones para las empresas y así mejorar la competencia. También contribuyen a disuadir actividades delictivas al dificultar el ocultamiento de los fondos que son producto de la criminalidad o los flujos financieros ilegales en sociedades de titularidad anónima (Bak 2021; Transparency International 2021a; Van der Merwe 2020).

En América Latina, los países con registros de beneficiarios finales incluyen a Argentina, Costa Rica y Uruguay, y varios otros países están considerando su implementación. Sin embargo, la mayoría de estos registros no son de público acceso sino que se encuentran en poder de entidades relevantes, como el Banco Central o el registro de sociedades (BID y OCDE 2019). En Brasil, todas las empresas extranjeras que participan en licitaciones por contratos públicos deben registrarse ante la Secretaría de Ingresos Federales de Brasil, que mantiene una base de datos con información sobre titularidad. Según Transparency International (2018), la base de datos actualmente está disponible al público, pero no parece incluir información relativa a beneficiarios finales.

En 2015, los 51 miembros de la EITI se comprometieron a comenzar a exigir, para el año 2020, a todas las empresas de minería, petróleo y gas que operan en sus territorios que informen quiénes son sus beneficiarios finales en registros creados para ese fin, lo cual incluiría a empresas extranjeras que compiten por contratos en estas jurisdicciones. Pero hasta 2019, solo el Reino Unido y Ucrania habían establecido registros públicos (Van der Merwe 2020). También se han presentado registros sectoriales en Nigeria y Kirguistán, entre otros. Pero las “jurisdicciones donde se resguarda el secreto financiero”, conforme al Índice sobre Secreto Financiero de Tax Justice Network, han tenido un ritmo de avances mucho más lento, según Van der Merwe (2020).

Además de los registros centrales, o a falta de estos, se debe exigir que las empresas conserven información precisa sobre sus beneficiarios finales (BID y OCDE 2019). En un proceso similar al de Conocimiento de los Clientes (*Know Your Customer*, KYC) o la Debida Diligencia de los Clientes (*Customer Due Diligence*, CDD), que suelen realizar los bancos y las entidades

financieras no bancarias, se exigiría que las empresas reúnan y registren información sobre sus accionistas y beneficiarios finales para que esté disponible, a solicitud, con sanciones en caso de que no se mantengan registros adecuados y actualizados. Este requisito debería hacerse extensivo a las sociedades constituidas en el extranjero que tengan una sede o una cuenta bancaria en el país (BID y OCDE 2019). En la actualidad, si bien por lo general se exige que las entidades financieras y otras entidades no financieras relevantes reúnan y analicen información acerca de los accionistas y beneficiarios finales de sus clientes como parte de la normativa contra el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, la mayoría de las personas jurídicas no están obligadas a mantener y documentar esa información sobre sí mismas (Transparency International 2018).

Un desafío en este caso es que aun cuando los países han establecido registros de beneficiarios finales, a menudo solo los aplican a sociedades nacionales, o se aplican normas más laxas para las entidades extranjeras que para las nacionales (Bak 2021). En esos casos, el ingreso al mercado de contratación interna por parte de oferentes extranjeros no ayudará a aumentar la transparencia. Ante esto, Transparency International (2021b) ha instado a los países a exigir que las empresas extranjeras interesadas en invertir, participar en licitaciones o abrir cuentas bancarias en sus jurisdicciones cumplan con las mismas normas de divulgación de titulares que las empresas nacionales.

El Reino Unido, que ya cuenta con uno de los registros de beneficiarios finales más sólidos, busca responder a este desafío poniendo en marcha un proceso para el registro de los beneficiarios finales de las empresas extranjeras que desean invertir en bienes inmuebles allí (Transparency International 2018 y Departamento de Negocios, Energía y Estrategia Industrial del Reino Unido 2018).

Según Van der Merwe (2020), existen otros desafíos que dificultan la implementación efectiva, y muchas jurisdicciones experimentan demoras en la aplicación y no imponen sanciones efectivas para casos de incumplimiento, además de los problemas en la verificación de los datos que se presentan. Con esta coyuntura, Transparency International (2021b) ha estado instando a que los registros de beneficiarios finales tengan la autoridad, la facultad y los recursos para evaluar y verificar de manera independiente la información proporcionada por las empresas alcanzadas.

Aplicación de normas sobre soborno (transnacional)

Para impedir con eficacia que las empresas multinacionales recurran a sobornos cuando compiten por licitaciones internacionales, incluidas contrataciones públicas, los marcos regulatorios claros y la aplicación de las leyes contra el soborno son fundamentales y constituyen el “principal elemento disuasivo contra los sobornos”, según la OCDE (2007: 68).

Del mismo modo, también es importante que los países divulguen esta información sobre cumplimiento y las sanciones que podrían corresponder, así como otras estadísticas en relación con los sobornos (Transparency International 2020b). Según Transparency International (2020b), esto permitirá entender mejor si los marcos jurídicos son eficaces y constituyen un elemento disuasivo suficiente. Si los funcionarios públicos de terceros países tienen acceso suficiente a información sobre las medidas de cumplimiento de otras jurisdicciones, estarán en mejores condiciones de impedir que las empresas que han sido condenadas por conducta indebida en otros lugares continúen presentando ofertas para contratos públicos en otros mercados.

Si bien la mayoría de los países de la OCDE, incluidos Colombia, Brasil y Chile, publican cierto

nivel de información sobre investigaciones en curso y casos concluidos, los datos proporcionados suelen ser incompletos o solo accesibles en forma parcial, sobre todo en resoluciones en casos que no llegan a juicio o acuerdos extrajudiciales (Transparency International 2020b).

En casos de corrupción que involucran transacciones comerciales internacionales, la cooperación internacional suele ser clave para que las medidas de cumplimiento sean exitosas. Esto incluye asistencia jurídica recíproca (AJR) y otras formas de intercambio de información para reunir pruebas. Sin embargo, según Transparency International (2020b), en la práctica esta asistencia suele enfrentar desafíos, como marcos jurídicos inadecuados, limitaciones en cuanto a recursos, descoordinación y extensas demoras. La OCDE (2007) observó asimismo que los casos de soborno transnacional suelen atravesar dificultades debido a la falta de armonización y cooperación, y a diferencias en los procedimientos de aplicación y la definición de los delitos.

Listas de inhabilitación (internacionales)

La inhabilitación, o suspensión, se refiere a la sanción (no penal) que consiste en suspender la participación de una persona física o jurídica en procesos de contratación pública (Transparency International UK 2015). Varios países y organizaciones, como el Banco Mundial, mantienen listas de inhabilitación, que pueden servir para penalizar irregularidades individuales y disuadir otras instancias (Transparency International Reino Unido 2015). La inhabilitación contribuye a proteger las finanzas del Estado y restablecer o conservar la confianza en la efectividad y la legitimidad del gobierno (Hjelmeng y Søreide 2014).

A nivel nacional, varios países han establecido medidas para prohibir que las entidades o personas jurídicas condenadas participen en

procedimientos de contratación pública. En América Latina, Colombia habría [adoptado una medida de este tipo](#) en diciembre de 2019 (El Congreso de Colombia 2019).

Si son dadas a conocer por quien las elabora, las listas de inhabilitación pueden ayudar a otros países en la investigación de casos de soborno o pueden utilizarse para inhabilitar en otros países a empresas que han sido sancionadas en el extranjero (Transparency International 2020b). El Banco Mundial y otros bancos multilaterales de desarrollo inhabilitan a las entidades por una serie de conductas indebidas, entre ellas prácticas corruptas, prácticas fraudulentas, colusión, coerción y obstrucción. En los últimos años, estas listas se han vuelto más accesibles, y junto con los registros de beneficiarios finales, las listas negras pueden ser instrumentos efectivos para identificar a los verdaderos propietarios de las sociedades sancionadas o entidades relacionadas (Rahman 2020).

Si bien existen acuerdos de inhabilitación cruzada solo entre el Banco Mundial y otros bancos regionales de desarrollo, los países podrían invocar la inhabilitación de una empresa en la lista de otro país como causal para impedir que entidades deshonestas participen en procesos de contratación desde el primer momento, o, por lo menos, como fundamento para realizar un control de debida diligencia reforzado de la entidad en cuestión durante la etapa de presentación de ofertas (Transparency International UK 2015).

Según Hjelmeng y Søreide (2014), las decisiones por las cuales se inhabilita a empresas requieren de una lista de condiciones previas para restablecer la confianza en el proceso de contratación pública, a saber, toma de decisiones externa (es decir, el departamento de

contrataciones no puede otorgar excepciones por sí mismo), un plazo de exclusión que guarde proporción con la irregularidad, y el seguimiento para determinar la credibilidad del esfuerzo que realiza la sociedad para mejorar su sistema de integridad (“autosaneamiento”).

Sin embargo, si bien la inhabilitación como sanción es ahora una medida bastante habitual, las prácticas de inhabilitación existentes varían considerablemente¹. Por ejemplo, existen diferencias entre jurisdicciones y organizaciones respecto del tipo de conducta que da lugar a una inhabilitación. Si bien el Banco Mundial enumera a las prácticas colusivas como motivo de inhabilitación, esta categoría no se contempla en la directiva de la UE. Algunos actores también adoptan disposiciones de inhabilitación obligatoria, conforme a las cuales esta medida se aplica automáticamente cuando se cumplen ciertas condiciones, mientras que en otros lugares, la inhabilitación es una medida discrecional y las decisiones se toman en función de cada caso (Hjelmeng & Søreide 2014).

¹ En 2020 el Banco Mundial publicó el [Directorio Global de Suspensiones e Inhabilitaciones](#), que enumera los sistemas

de suspensión que se implementan actualmente en distintas jurisdicciones.

Referencias

Alliance for Integrity. Sin fecha. [Consortios \(Joint Ventures\)](#)

Anderson, Robert D.; Kovacic, William E.; Müller, Anna Caroline. 2016. [Promoting competition and deterring corruption in public procurement markets: Synergies with trade liberalization](#). International Centre for Trade and Development & World Economic Forum: The E15 Initiative.

Anderson, Robert D.; Kovacic, William E.; Müller, Anna Caroline. 2010. [Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance](#).

Bak, Mathias. 2021. [Illicit finance and national security](#). Respuesta del servicio de asistencia U4 Helpdesk

Berglind, Niklas; Hjerpe, Martin; Sjödin, Erik; Staun, Jacob. 2018. [Building across borders: The state of internationalisation in European public construction tenders](#). McKinsey & Company. Capital Projects & Infrastructure, octubre de 2018.

Canadian Commercial Corporation (CCC). 2021. [How G2G contracting reduces risk for your foreign government buyers \(and makes your bid stand out\)](#). Publicación de blog.

Carboni, Chiara; Iossa, Elisabetta; Mattera, Gianpiero. 2018. [Barriers towards foreign firms in international public procurement markets: a review](#). En: *Economia e Politica Industriale* 45, 85-107 (2018)

El Congreso de Colombia. 2019. [Ley No. 2014 del 30 de diciembre de 2019 por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones](#).

Comisión Europea. 2019a. [Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros](#)

países en el mercado de contratación pública de la UE.

Comisión Europea. 2019b. [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los obstáculos al comercio y la inversión](#). 1 de enero – 31 de diciembre de 2019.

Comisión Europea. 2016. [Anuncio de la Comisión. Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos de Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y seguridad](#).

Gourdon, Julien; Bastien, Véronique; Folliot-Lalliot, Laurence. 2017. [OECD taxonomy of measures affecting trade in government procurement processes](#). OECD Trade Policy Papers No. 198.

Hansen-Kuhn, Karen. 2020. [Public procurement in the EU-MERCOSUR Free Trade Agreement: Limiting the future of local development](#). Heinrich Boell Stiftung, Institute for Agriculture and Trade Policy, FASE, Misereor.

Heggstad, Kari K.; Frøystad, Mona. 2011. [The basics of integrity in procurement](#). Centro de Recursos Anticorrupción de U4. U4 Issue, octubre de 2011, No. 10.

Hjelmeng, Erling y Søreide, Tina. 2014. [Debarment in public procurement: Rationales and realization](#).

Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Foro Mundial sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE. 2019. [A beneficial ownership implementation toolkit](#).

Jenkins, Matthew. 2018a. [Anti-corruption and transparency provisions in trade agreements](#). Servicio de Asistencia Anticorrupción de Transparency International.

Jenkins, Matthew. 2018b. [The relationship between business integrity and commercial success](#). Respuesta de Especialista de U4.

-
- Kutlina-Dimitrova, Zornitsa. 2018. [Government Procurement: Data, trends and protectionist tendencies](#). Comisión Europea, Dirección General de Comercio. Chief Economist Note, Issue 3, September 2018.
- Kwiczinski, Josh. 2017. [Managing corruption risk in joint ventures is still crucial](#). FDI Intelligence.
- Lejárraga, Iza. 2013. [Multilateralising regionalism – Strengthening transparency disciplines in trade](#). Documento sobre Política de Comercio No. 152 de la OCDE.
- Martini, Maíra. 2015. [Public procurement law and corruption](#). Servicio de Asistencia Anticorrupción de Transparency International.
- Martini, Maíra. 2014. [Local content policies and corruption in the oil and gas industry](#). Respuesta de Especialista de U4, 2014:15.
- Martini, Maíra. 2013. [Conflict of interest in public procurement](#). Servicio de Asistencia Anticorrupción de Transparency International.
- Mungiu-Pippidi, Alina. 2018. [Anti-corruption provisions in EU free trade and investment agreements: Delivering on clean trade](#). Parlamento Europeo, Comisión de Comercio Internacional.
- OCDE. 2016. [Preventing corruption in public procurement](#).
- OCDE. 2014a. [Compendium of good practices for integrity in public procurement](#).
- OCDE. 2014b. [Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros](#).
- OCDE. 2009. [OECD Principles for Integrity in Public Procurement](#)
- OCDE. 2007. [Bribery in public procurement: Methods, actors, and counter measures](#).
- Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos. 2021. [FTAs with government procurement obligations](#).
- Open Contracting Partnership. 2020. [Cómo gastan los gobiernos: Dar apertura al valor de las contrataciones públicas globales](#).
- Pelizzo, R., Araral, E., Pak, A., Wu, X. 2016. [‘Determinants of bribery: theory and evidence from sub-Saharan Africa’](#), African Development Review. Vol. 28 (2), pp. 229-240.
- Rahman, Kaunain. 2020. [Publicly available debarment lists suitable for ODA funded contracting](#). Respuesta del servicio de asistencia U4 Helpdesk, 2020: 20.
- Sayne, Aaron; Gillies, Alexandra; Watkins, Andrew. 2017. [Twelve red flags: Corruption risks in the award of extractive sector licenses and contracts](#). Natural Resource Governance Institute.
- Schoeberlein, Jennifer. 2019. [Strategies to tackle corruption in local government procurement in Asia and Africa](#). Respuesta del Servicio de Asistencia Anticorrupción de Transparency International.
- Serafeim, G. 2014. [‘Firm competitiveness and detection of bribery’](#), Harvard Business School Working Paper, No. 14-012.
- Søreide, Tina. 2002. [Corruption in public procurement: Causes consequences and cures](#). Chr. Michelsen Institute, CMI Reports.
- Ssenoga, Francis. 2006. [Examining discriminatory procurement practices in developing countries](#). Journal of Public Procurement, Vol. 6, Número 3.
- Sumar, Milagros Maravi. 2020. [G2G agreements as a mechanism for infrastructure development: The Peruvian experience](#). Chambers & Partners.
- Svensson, J. 2003, [‘Who must pay bribes and how much? Evidence from a cross-section of firms’](#), The Quarterly Journal of Economics. Vol. 118(1), pp. 207-230.
- Totty, Michael. 2020. [Do bigger companies win even when they lose out on corrupt deals?](#) UCLA Anderson Review.

Transparency International. 2021a. [Out in the open: How beneficial ownership registers advance anti-corruption.](#)

Transparency International. 2021b. [What the global standard on company ownership should look like: Five key fixes.](#)

Transparency International 2020a. [Panama Papers four years on: Anonymous companies and global wealth.](#)

Transparency International. 2020b. [Exporting corruption. Progress report 2020: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention.](#)

Transparency International. 2018. [G20 leaders or laggards? Reviewing G20 promises on ending anonymous companies.](#)

Transparency International; Open Contracting Partnership; Hivos; CoST Infrastructure Transparency Initiative; Article 19. 2017. [From open to clean contracting: A collective agenda to end corruption in public procurement and infrastructure and support sustainable development.](#)

Transparency International. 2014. [Curbing corruption in public procurement: A practical guide.](#)

Programa de Defensa y Seguridad de Transparency International UK. 2015. [Suspension & debarment: Strengthening integrity in international defence contracting.](#)

Departamento de Negocios, Energía y Estrategia Industrial del Reino Unido. 2018. [A register of beneficial owners of overseas companies and other legal entities.](#)

Departamento de Comercio Internacional del Reino Unido. 2020. [UK selected as Peru's delivery partner to rebuild facilities damaged by El Niño.](#) Comunicado de prensa.

Representante Comercial de Estados Unidos. 2021. [2021 national trade estimate report on foreign trade barriers.](#)

ONUDD. 2013. [Guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública y en la gestión de la hacienda pública. Buenas prácticas para lograr el cumplimiento del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.](#)

Van der Merwe, Theo. 2020. [Beneficial ownership registers: Progress to date.](#) Respuesta del servicio de asistencia U4 Helpdesk.

Wickberg, Sofia. 2013. [Tools to reduce private sector engagement in grand corruption during the award of public contracts, concessions and licenses.](#) Respuesta de Especialista de U4, 369. Centro de Recursos Anticorrupción de U4.

“Las Respuestas del Servicio de Asistencia Anticorrupción (Anti-Corruption Helpdesk) ofrecen a profesionales de todo el mundo información rápida y a pedido sobre corrupción. A partir de datos de pública consulta, los informes presentan una aproximación a un tema determinado y no reflejan necesariamente la postura oficial de Transparency International”.

*Transparency International
Secretaría Internacional
Alt-Moabit 96
10559 Berlín
Alemania*

*Teléfono: +49 - 30 - 34 38 200
Fax: +49 - 30 - 34 70 39 12*

*tihelpdesk@transparency.org
www.transparency.org*

*blog.transparency.org
facebook.com/transparencyinternational
twitter.com/anticorruption*

Los capítulos de Transparency International pueden utilizar el Servicio de Asistencia sin cargo.

Envíenos un mensaje de correo electrónico a tihelpdesk@transparency.org