

PACTOS DE INTEGRIDAD

GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN

Transparencia Internacional es un movimiento global con una visión: un mundo en que los gobiernos, los negocios, la sociedad civil y la vida diaria de la gente esté libre de corrupción. A través de más de 100 capítulos por todo el mundo y una Secretaría Internacional en Berlín, lideramos la lucha contra la corrupción para convertir esta visión en una realidad.

www.transparency.org

Autor:

Esteban Arribas Reyes

Experto asesor:

Manuel Villoria Mendieta

Diseño y maquetación:

Waka

© 2018 Transparency International España. Todos los derechos reservados.

Se han tomado todas las medidas necesarias para comprobar la exactitud de la información contenida en este informe, que se considera correcta a 24 de noviembre de 2018. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor y de Transparency International España. Siemens Integrity Initiative no es responsable de su contenido ni del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

Índice

Introducción	2
01. Contextualización histórica de los Pactos de Integridad en Europa	3
02. ¿Cómo se plantea la estrategia de implementación de los pactos de integridad?	7
03. ¿Cómo se define el acuerdo (<i>Memorandum of Understanding</i>) entre la Autoridad y la sociedad civil?	10
04. Componentes del pacto entre la autoridad y los licitantes	12
05. Modelos de financiación	18
06. Conclusión	20

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han ido impulsando nuevos instrumentos con los que prevenir la corrupción y fomentar la integridad, la eficacia, la eficiencia y la competitividad a través de la transparencia de los procesos de contratación pública.

Entre ellos destaca el Pacto de Integridad (PI). Se trata de una herramienta desarrollada por Transparencia Internacional (TI) para ayudar a los gobiernos, las empresas y a la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública. Consiste en un proceso que incluye un acuerdo entre un gobierno o agencia gubernamental ("la Autoridad") y todos los licitantes ante un contrato del sector público que establezca derechos y obligaciones en el sentido de que ninguna de las partes aceptará, pagará, ofrecerá o pedirá sobornos.

El PI pretende, dentro de un proceso de contratación específico, prevenir o evitar prácticas tales como la colusión, la manipulación de ofertas, las modificaciones fraudulentas, el uso de información privilegiada o los conflictos de interés. En esencia, el PI tiene la finalidad de incrementar los niveles de transparencia, equilibrar las condiciones existentes entre los distintos actores y mejorar la eficacia de los procedimientos de contratación pública. Su finalidad primordial es clara, y no es

otra que la de prevenir y erradicar el problema de la corrupción en el seno de la contratación pública.

Los PI ya cuentan con un desarrollo significativo a nivel global, lo cual es una muestra de la flexibilidad y adaptabilidad de esta herramienta, y ya se cuenta con una sólida experiencia en cuanto a su implementación a lo largo de países dispares en cuanto a su contexto político, económico, social y cultural.

El PI exige la colaboración de las partes contratantes del sector gubernamental y privado, facilitado por una organización de la sociedad civil (OSC) y grupo monitor independiente (GMI) que contribuirá a supervisar en todas las fases de la contratación que el pacto se cumple debidamente.

A lo largo de la presente guía, procederemos a exponer los pasos esenciales habitualmente utilizados en la implementación de un pacto de integridad, empezando por su estrategia (1), la gestión de las relaciones con la sociedad civil a través del Memorando de Acuerdo (2) y pasando por los componentes esenciales del pacto de integridad (3) y la problemática de su financiación (4). A continuación, realizamos una breve contextualización histórica de la evolución de los PI en Europa.

En resumen, y de manera específica, el PI persigue los siguientes objetivos generales:

1

Prevenir actividades corruptas e ilícitas.

2

Controlar que todas las partes cumplan con el contrato y compromisos asumidos.

3

Dar mayor transparencia al proceso de contratación pública e informar a la ciudadanía.

4

Resolver irregularidades y permitir que se apliquen sanciones a los actores que incumplan.

01

CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DE LOS PACTOS DE INTEGRIDAD EN EUROPA

La organización Transparencia Internacional (TI) ha impulsado diferentes iniciativas para extender el conocimiento y la aplicación de este instrumento. Los PI han sido ya utilizados en diferentes países con una eficacia diversa. Desde las experiencias pioneras en Ecuador o Colombia en los años 90, hasta experiencias más recientes de PI piloto en la Unión Europea (2015–2019)¹. Además, en Europa se han implementado varios PI desde el año 2005, teniendo su origen en el ámbito municipal (Bérgamo, Como, Génova, Milán, Palermo y Varese en Italia; Berlín, Bremen y Hanover en Alemania; y Ózd, en Hungría).

En España, Transparencia Internacional España (TI-E) lleva desde abril del 2015 impulsando los PI en España. La regulación vigente y la más reciente que contiene el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) no prevé los PI, como por ejemplo sí sucede en la legislación italiana². Sin embargo, tampoco los impide. Así, el 5 de abril del 2017, el Ayuntamiento de Madrid y TI-E firmaron el primer acuerdo en España para el diseño e implementación de un PI piloto; el primer PI a nivel regional se firmó en febrero del año 2018 con la Generalitat Valenciana; y en abril del 2018 se firmaron dos PI más con la Junta de Comunidades de Castilla La-Mancha³.

LOS PACTOS DE INTEGRIDAD: EXPERIENCIAS EN EUROPA

Para TI, lo realmente deseable es que un PI sea iniciado por iniciativa propia de las autoridades gubernamentales. Sin embargo, en Europa, donde las tradiciones e inercias administrativas pueden llegar a estar demasiado arraigadas, no resulta fácil promover un mecanismo novedoso y en gran medida aún desconocido. Dicho de otro modo, no resulta sencillo que las administraciones, con sus tendencias apáticas o reticentes hacia la

implementación de mecanismos innovadores, se alejen de sus esquemas tradicionales.

Por ello, los PI suelen ser iniciados por la propia presión de TI, y Europa no es una excepción a ello. Como muestra de ello, se encuentra el caso de Italia. Curiosamente, el país transalpino fue uno de los primeros países en implementarlos en Europa, espolcado por la organización local de TI, a pesar de un clima inicial marcado por un escepticismo notable por parte de las administraciones públicas.

En sus inicios, la implementación de los PI ha tenido un marcado carácter municipal. De este modo, en un principio, TI propuso en el año 2000 el empleo de este mecanismo a seis municipios italianos, casi todos ellos ubicados en el norte del país: Bérgamo, Como, Génova, Milán, Palermo y Varese fueron propuestos en el año 2000 por TI para llevar a cabo este proyecto pionero. Finalmente, sólo las municipalidades de Milán y Génova se adherieron en sus inicios.

En cambio, en Alemania, la implementación de los PI ha afectado desde un primer momento a proyectos de interés nacional, como es el caso de los procedimientos de contratación pública derivados de la remodelación y ampliación del Aeropuerto de Berlín-Brandenburg, destinado a ser uno de mayores de Europa en un futuro, con una valoración inicial de 2.400 millones de euros.

Esta gran obra aeroportuaria implicó la suscripción de un PI ya en el año 2005. De forma bastante interesante, fueron las propias autoridades alemanas las que desestimaron en un primer momento este tipo de pactos, al entender que por su medio se admitía implícitamente la existencia de prácticas corruptas. Posteriormente, cuando en el año 2001 se reveló la existencia de las mismas, las autoridades competentes se inclinaron por el mecanismo del PI, que fue firmado en este caso en enero de 2005. Con todo, y en aplicación a este supuesto de hecho, TI decidió cancelar su participación con las autoridades tan sólo unos me-

1 11 Estados Miembros de la Unión Europea participan en un total de 17 Pactos de Integridad piloto. Seis de ellos están ya en fase de implementación y pertenecen a diferentes sectores de políticas públicas (salud, educación, carreteras, telecomunicaciones) en Bulgaria, Chequia, Italia, Hungría, Letonia, Eslovenia y Polonia.

2 La Ley de 6 de noviembre de 2012, núm.190 de disposiciones para la prevención y la represión de la corrupción y de la ilegalidad en la Administración pública reguló por primera vez los pactos de integridad a pesar de que ya se habían impulsado en algunas experiencias desde 2000. En particular, el artículo 1.17 prevé la posibilidad de que el órgano de contratación incluya en el aviso de licitación, el anuncio de licitación o la carta de invitación, la exclusión de la licitación para aquellos licitadores que incumplan las cláusulas contenidas en los protocolos de legalidad o en los pactos de integridad.

3 Toda la información sobre el desarrollo de la implementación de los PI en España en: <http://integridad.org.es/pactos-de-integridad/>.



ses después, en marzo de 2015, en vista de los casos de corrupción en los que se veía inmersa desde el año 2013 la ampliación del aeropuerto en cuestión. Por tanto, el fracaso del PI en relación a uno de los mayores proyectos de obra pública de Europa ha obligado a replantearse la eficacia práctica de este tipo de mecanismos. Sin embargo, también es cierto que, gracias al PI suscrito, consiguió revelarse lo que las autoridades germanas no estaban dispuestas a aceptar inicialmente como parte de la realidad: la existencia de prácticas corruptas en los procedimientos de contratación pública relativos al Aeropuerto de Berlín. Por tanto, no podemos perder de vista el hecho de que los PI suponen, más allá de su efectividad directa, un mecanismo de denuncia que ayuda a construir una cultura de contratación pública que rechaza frontalmente el recurso a la corrupción.

En total, e incluyendo el caso del aeropuerto de Berlín, TI ha tomado la iniciativa en Alemania en la implementación de cuatro PI. De este modo, TI también promovió la suscripción de pactos de integridad en distintos procedimientos de contratación pública abiertos en las ciudades de Bremen y Hanover, de forma respectiva, en los años 2009 y 2010. En Berlín, TI también apoyó en el año 2010 la suscripción de un PI en el marco de un proyecto de rehabilitación y construcción de viviendas, un sector especialmente vulnerable a la corrupción.

Como corolario de la iniciativa de TI en la implementación de los PI, otro aspecto relevante en las etapas iniciales de los PI se refiere a su posible carácter obligatorio o voluntario.

En el caso de Europa, cabe señalar que las experiencias en torno a este mecanismo han favorecido claramente su obligatoriedad, considerada como una manera más efectiva de asegurar que todos los actores procedan de acuerdo con los mismos criterios y normas. En esencia, se considera que, por medio de su obligatoriedad, se evita la posibilidad de que, por medio de negociaciones *ad hoc*, los PI queden finalmente diluidos en cuanto a sus contenidos. De este modo, aún cuando la iniciativa de establecer pactos de integridad ha partido generalmente de TI, corresponde a las administraciones públicas preparar su contenido sustantivo y su clausulado.

Por todo ello, la relación entre TI y las autoridades interesadas en implementar un Pacto de Integridad requiere cierta formalización, que habitualmente se consigue por medio de la firma de un Memorando de Acuerdo (MdA).

Una vez expuestas las bases sobre el establecimiento y redacción de los PI, es necesario estudiar cómo se ha implementado y ejecutado este mecanismo, clave en un sistema jurídico-político como el español donde la interpretación de la Ley se aprovecha para no emprender el primer paso en la introducción de nue-



vas herramientas: el compromiso y voluntad políticos, al que volveremos en las conclusiones.

En Europa, el primer aspecto que ha de considerarse en la ejecución de los PI consiste en el sistema de supervisión, al cual TI concede especial importancia. En esencia, todo PI tiene que contar con un sistema de supervisión, que resulte independiente y libre de conflictos de interés. Asimismo, tendrá que contar con suficientes capacidades técnicas y materiales para cumplir con su funcionamiento.

La experiencia de los sistemas de supervisión en Europa, tal y como demuestran los casos de Bulgaria y Alemania, resulta en que un sistema de carácter proactivo, que funcione más allá del mínimo exigible, supone una diferencia relevante en el éxito final de un PI en cuanto a su implementación. Por ello, gran parte de la utilidad de los PI radica en la calidad de su sistema de supervisión.

No obstante, en algunos países europeos se prescindió de dicho sistema de supervisión. En esta situación se encuentra Italia, donde TI aceptó finalmente asumir una función consultora en el proceso de supervisión. Sin embargo, a partir del año 2009, y mediante la firma de un Protocolo específico, el Tribunal de Cuentas italiano asumió las funciones de supervisión del PI, con la ventaja asociada de que, por la vía de este modelo, no se generan costes adicionales para el contribuyente.

En este sentido, cabe señalar que, dentro de la UE, el sistema de supervisión se ha fundamentado con el soporte, por lo general, de las propias autoridades públicas. Por tanto, y al contrario que en la iniciativa de su implementación, la supervisión y ejecución de los PI ha

tenido una marcada impronta estatal. De este modo, podemos referirnos, por ejemplo, al caso de Hungría.

A pesar de ello, si se ha admitido que, en determinados casos (especialmente aquellos en los que TI se ha visto especialmente involucrada, como ocurre en los ejemplos de Letonia y de Bulgaria), el sistema de supervisión sea financiado por medio de donaciones. Con ello, se consigue atajar una de las grandes reticencias hacia los PI, que consisten en sus posibles costes para el contribuyente, a la vez que se consigue involucrar a la sociedad civil.

En algunos casos, además, la financiación del sistema ha llegado a provenir de otros Estados, como ocurrió en el caso del procedimiento de contratación pública para el suministro de agua potable en la ciudad húngara de Ózd. En este caso, los fondos para la implementación del PI provinieron del Fondo de Contribución Suizo, que consiste en un programa de asistencia económica que mantiene el gobierno helvético con los países que ingresaron en la UE tras el año 2004. Precisamente, en consideración a los altos niveles de corrupción aún presente en dichos países (por ejemplo, TI estimó en el año 2012 que una horquilla de entre 65 y 75% de todos los casos de contratación pública en Hungría se encuentran afectados por la corrupción), la propia Comisión Europea (CE) ha dado un paso adelante al establecer su propio mecanismo de supervisión por medio del Mecanismo europeo de cooperación y verificación (CVM, por sus siglas en inglés). De hecho, el apoyo de países externos puede suponer un factor determinante a la hora de garantizar un sistema de supervisión realmente efectivo, puesto que se cuen-

ta con precedentes que han revelado la incapacidad de determinados países de poner en marcha su propio sistema de supervisión: por ejemplo, y hasta la fecha, el sistema de supervisión de Rumanía todavía no se encuentra operativo, aunque la autoridades de dicho país se han comprometido a hacerlo funcionar una vez que se haya producido suficiente debate público en el seno de la sociedad civil ⁴.

Por otra parte, otro aspecto clave de los distintos sistemas de supervisión se refiere a su grado de apertura en relación a la sociedad civil. Anteriormente, hemos señalado que una parte del interés fundamental de los PI consiste en su valor formativo y constructivo a la hora de crear una cultura de contratación pública íntegra por medio de la participación activa de la sociedad civil.

A pesar de ello, a menudo la experiencia muestra que, en determinados países, los sistemas de supervisión se han mostrado reticentes a divulgar excesiva información sobre sus tareas. En cambio, en algunos países, como es el caso de Eslovaquia siempre se ha optado por un sistema abierto, otorgando mayores posibilidades para la participación de la sociedad civil en este mecanismo. Entre otros aspectos, con ello se pretende aumentar el número de participantes, y de este modo, asegurar que todas las partes implicadas asuman sus responsabilidades y se rindan cuentas entre todas ellas. Con ello se favorece igualmente una cultura de rendimiento de cuentas para todos (ya sean las autoridades o el licitante), frente a una tradicional cultura clientelar y jerárquica, abierta a distintas formas de tratos de favor. Las distintas experiencias llevadas a cabo en Alemania muestran que, por lo general, los órganos de contratación han valorado de forma positiva la participación de la sociedad en los temas sobre los que trabajaban.

"A menudo la experiencia muestra que, en determinados países, los sistemas de supervisión se han mostrado reticentes a divulgar excesiva información sobre sus tareas"

Aún con todo, cabe señalar un matiz en cuanto a la participación de la sociedad civil. En efecto, no siempre es posible o deseable involucrar a la sociedad civil en todas las licitaciones, puesto que a menudo tratan de cuestiones de carácter especializado o técnico. Para estos ca-

sos, existen otros métodos para fomentar procedimientos de contratación justos y respetuosos con la Ley.

Como forma última de supervisión, cabe señalar que TI ha promovido la creación de mecanismos sancionadores para los casos de incumplimiento. En referencia a los mismos, conviene puntualizar que las sanciones que se puedan imponer de acuerdo con estos sistemas no sustituyen en ningún caso a los procedimientos existentes de carácter penal o administrativo, sino que los complementan. Entre los mismos, encontramos la sanción de pérdida de la adjudicación o la prohibición de contratar, o el pago de compensaciones económicas a los demás licitantes.

Sin embargo, y a pesar de lo que pueda parecer en un primer momento, la cuestión de las sanciones por incumplimiento de los PI ha tenido un papel menor en Europa. En efecto, las sanciones se muestran finalmente como un método de última ratio, frente a la proposición de métodos que puedan resultar más constructivos. En este orden, los casos de Letonia, Hungría y Bulgaria atestiguan esta afirmación. De hecho, es en este último país donde, en lugar de crear un sistema punitivo, se ha preferido establecer un sistema de «listas blancas» para recompensar a los licitantes que cumplan con lo estipulado en los PI. Esta perspectiva se ha aplicado igualmente en los procedimientos de resolución de disputas relativos a los PI, dónde en Letonia y en Bulgaria, se ha preferido establecer un sistema de recompensas a favor de los cumplidores en detrimento de las empresas que vulneren lo acordado en los PI.

En cuanto a su estatus jurídico, y tras las primeras experiencias promovidas por TI, resulta cada vez más habitual que los PI sean implementados por medio de un mandato legal.

Por último, no hay que dejar de considerar el coste económico de los PI. En relación al mismo, cabe señalar que la experiencia muestra resultados variables, con un rango que oscila entre los 50.000 y los 200.000 dólares estadounidenses. Dicha variabilidad deriva, entre otros aspectos, de las diferencias entre países, así como de la magnitud y complejidad de los distintos proyectos. En cualquier caso, no conviene olvidar que dicho coste no tiene que estar necesariamente sufragado por el contribuyente, sino que existen vías alternativas para sufragarlo como, por ejemplo, donaciones de empresas u asociaciones, un mínimo porcentaje del contrato, etc⁵. Además, se trata de un coste que tiene por misión el de evitar otro coste mucho más dañino para la sociedad, que es el de la corrupción. Es decir, claramente estamos hablando de una inversión, no de un gasto.

⁴ Los sistemas de financiación varían en Europa y en el mundo dependiendo de la oportunidad y contexto interno. En el Caso Español, TI-España ha utilizado un modelo mixto de financiación: las administraciones públicas colaboran junto con TI-España en la financiación de los gastos de de un pacto de integridad: comunicación, gestión, investigación, monitoreo, publicaciones. TI-España, a su vez, ha financiado su parte de los pactos de integridad gracias a la Siemens Integrity Initiative (<https://w5.siemens.com/spain/web/es/home/corporacion/compliance/pages/integrityinitiative.aspx>). Para más información sobre el caso español, consultar Manual de Herramientas para la implementación de los Pactos de Integridad. TI-España. Diciembre de 2018. <http://integridad.org.es/pactos-de-integridad/>.

⁵ Para más información, consultar: Manual de Herramientas para la implementación de los Pactos de Integridad. TI-España. Diciembre de 2018.

02

¿CÓMO SE PLANTEA LA ESTRATEGIA DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS PACTOS DE INTEGRIDAD?

El camino para la implementación de un pacto de integridad empieza con el diseño de una estrategia previa. De manera primordial, en el diseño de un PI se deben considerar todos los riesgos en todas las fases de la contratación, desde la evaluación de necesidades, la preparación de pliegos, la selección del licitante, la adjudicación, la ejecución del contrato, las modificaciones, pagos y contabilidad, la auditoría y la clausura (cuando corresponda). Por otra parte, se debe contemplar un buen sistema de monitoreo independiente, sin perjuicio del que la Administración realice.

El PI es una herramienta que puede ser implementada en el seno de una autoridad con el apoyo de la sociedad civil (una o varias ONG). En este sentido, la distribución de las responsabilidades entre la autoridad y la ONG ejecutora suele realizarse en el propio PI. Por lo tanto, no es posible ofrecer una fórmula exacta y siempre válida para la implementación de PI, ya que la estrategia de implementación es siempre una experiencia de aprendizaje en sí misma y no hay una medida única aplicable por igual a todos los casos.

No obstante, y en base a la experiencia recabada, tenemos que considerar los siguientes elementos en la estrategia de implementación de cualquier PI:

1

Voluntad y compromiso político que puede fortalecerse mediante estrategias de comunicación para que todos los actores comprendan sus roles y responsabilidades.

2

Búsqueda de máxima transparencia en todas las instancias del proceso de contratación.

3

Adaptación al contexto concreto.

4

Monitoreo independiente, idóneo y responsable. Un sistema de monitoreo puede estar integrado por un grupo heterogéneo de actores con capacidades técnicas y buena reputación (incluyendo idealmente a expertos jurídicos, técnicos y de transparencia).

5

Recursos y capacidades: el coste de implementar la herramienta y el monitor depende de las particularidades del proyecto y en todo caso representa un porcentaje mínimo del total.

La estrategia de implementación de un PI debe estar respaldada por una estrategia de comunicación integral: los licitantes, contratistas y subcontratistas deben comprender sus derechos y responsabilidades bajo el PI. Igualmente, los reguladores, organismos de control del gobierno y otros departamentos gubernamentales también necesitan entender el PI y cómo funciona.

En la aplicación de un PI, la autoridad, con el apoyo de una organización de la sociedad civil, se asegura que todas las actividades previstas en el proceso de PI se llevan a cabo de forma efectiva, así como la selección de los procesos de contratación en los que se aplicará el proyecto y el diseño del proceso de PI de acuerdo con los objetivos y las circunstancias aplicables.

Bajo cualquier circunstancia, los siguientes aspectos tienen que ser tomados en cuenta en la estrategia de diseño de un PI:

1

Recursos

Las actividades relacionadas con la aplicación del PI requieren de recursos financieros y humanos, así como de tiempo. Las cantidades exactas varían en función de qué se monitorea y de qué forma, así como de las actividades previstas: comunicación, publicaciones, reuniones, etc.. El plan de implementación del PI debe tener en cuenta las fuentes de inversión y los fondos necesarios en consecuencia.

2

Capacidad

Las actividades involucradas en un proceso de PI requieren igualmente de conocimientos. En la fabricación de los mecanismos de ejecución, es vital establecer si la autoridad y la ONG tienen suficientes conocimientos técnicos y experiencia.

3

Liderazgo

La implementación de un PI con éxito requiere de visión, persuasión y motivación, así como la toma de decisiones difíciles. Es importante que las personas involucradas en la implementación no sólo tengan la experiencia técnica, sino también la capacidad de movilizar a otros, y la determinación de llevar el proceso con éxito hasta su finalización.

4

Compromiso y credibilidad

Ambos conceptos están estrechamente vinculados. La falta real o percibida de compromiso afectará a la credibilidad del proceso y al impacto de un PI. La credibilidad también se asocia con la capacidad y el grado en que las personas involucradas en la implementación de PI pueden desempeñar sus funciones con neutralidad y en ausencia de conflictos de intereses.

5

Neutralidad e independencia

La gestión del trabajo de monitoreo por parte de las ONGs deben, por un lado, proteger la independencia del monitor o grupo monitor en su día a día y, al mismo tiempo, deben mantener la neutralidad de la propia organización.

6

Sostenibilidad

Los pactos de integridad proporcionan impactos a medio y largo plazo por lo que tanto las ONGs que los desarrollen como las administraciones que los acojan deben realizar una estrategia de sostenibilidad más allá de las legislaturas.



Por otra parte, cabe señalar que el diseño de un PI implica el esfuerzo de múltiples partes interesadas, incluyendo el sector público, el sector privado y la sociedad civil. Por tanto, se espera que los involucrados en su implementación tengan la capacidad de convocar e interactuar con diferentes audiencias. Este factor también debe ser evaluado con respecto a la forma en que el acuerdo de aplicación reparte las funciones de la autoridad y de la ONG. Por ejemplo, si se establece que la ONG será el canal principal de rendición de cuentas para el monitor, también hay que asegurar que su neutralidad y su propia rendición de cuentas sean una realidad.

En cuanto a su contenido material, los documentos más importantes a preparar y adoptar por el organismo contratante y la organización de la sociedad civil son, entre otros, el *Memorándum de Acuerdo* (MoU, por sus siglas en inglés), así como el PI propiamente dicho. En las siguientes dos secciones procederemos a una explicación detallada de ambos documentos.

El diseño de un PI implica el esfuerzo de múltiples partes interesadas, incluyendo el sector público, el sector privado y la sociedad civil.

03

¿CÓMO SE DEFINE EL ACUERDO (MEMORANDUM OF UNDERSTANDING) ENTRE LA AUTORIDAD Y LA SOCIEDAD CIVIL?

En el marco de la implementación de un PI, el papel de la sociedad civil u ONG es fundamental debido, entre otros aspectos, a su función como monitor externo independiente. En efecto, la sociedad civil en general constituye un aliado y actor importante a lo largo del proceso. Muchos capítulos de Transparencia Internacional en todo el mundo han desempeñado un papel importante como iniciadores, facilitadores y ejecutores principales de los PI, apoyando a las autoridades gubernamentales. Como se ha señalado, algunos también han actuado como monitores o han servido de

soporte a la función de monitoreo, para asegurar la independencia seleccionando monitores y sirviendo como su cauce de presentación de denuncias.

Desde un punto de vista legal, esta atribución de monitor es canalizada por medio de la firma de un MoU suscrito entre la Autoridad y la sociedad civil, representada en este caso por una ONG. En particular, el MoU especifica el alcance y cobertura del monitoreo, y otras cláusulas contractuales generales.

Entre otros aspectos, el MoU puede incluir los siguientes:

1

Las actividades que se llevan a cabo por la ONG y la autoridad, sus derechos y obligaciones, entre las cuales puede existir la posibilidad de que la ONG se retire del proceso de acuerdo con las circunstancias específicas.

2

El compromiso por parte de la autoridad de divulgar toda la información necesaria, así como la concesión a la ONG y al monitor del derecho de acceso oportuno a la misma. Asimismo, puede regularse el deber de la ONG de mantener la confidencialidad sobre toda la información protegida legalmente o sujeta a derechos de propiedad intelectual.

3

La extensión de la colaboración entre las partes. En particular, la regulación sobre si se incluyen todos los procesos de contratación de la autoridad o sólo unos pocos, etc.

4

Los procesos y procedimientos a seguir si se produce algún perjuicio y sus consecuencias.

5

En su caso, las formas de remuneración del monitor.

6

El procedimiento utilizado para la selección del monitor.

El MoU, por tanto, contiene las condiciones generales para la participación de la sociedad civil como monitor en el proceso de contratación. En el mismo también se incluyen las cláusulas definitorias de cualquier otro servicio adicional, y se establecen los honorarios. En cualquier caso, todo MoU está sujeto a la legislación nacional sobre contratación pública. Sus contenidos variarán dependiendo del nivel de la autoridad (estatal, autonómica o local), ya se aplican tipos diferentes de legislación sobre contratación pública.

Señalado lo anterior, es necesario entender la importancia del monitor externo independiente en todo el proceso. En efecto, la principal tarea del monitor independiente es garantizar la aplicación del PI y el cumplimiento de las obligaciones de los licitantes y de la autoridad incluida en el mismo (es decir, que no haya vulneración del PI).

Para realizar esta tarea, el monitor puede llevar a cabo una serie de actividades:

1

Examinar documentos, informes y todo el trabajo preparatorio por la autoridad durante el proceso de licitación, con el fin de detectar los riesgos de corrupción.

2

Examinar y dar su opinión sobre los documentos de uso en el procedimiento de licitación antes de que sean emitidos, incluyendo supervisión para evitar que determinados criterios estén sesgados a favor de uno o más licitantes.

3

Revisar el intercambio de preguntas y respuestas, para verificar las respuestas y que estén a disposición de todos los licitantes por igual.

4

Examinar las propuestas de los licitantes para verificar y comparar la valoración de los evaluadores y juzgar su exactitud.

5

Facilitar, promover y participar en audiencias públicas.

6

Participar en las reuniones celebradas por la autoridad y licitadores potenciales.

7

Organizar, dirigir o facilitar reuniones y sesiones formativas.

8

Asistir al cierre de la licitación para verificar que se sigue rigurosamente el procedimiento establecido.

Por otra parte, y con la finalidad de aumentar la transparencia, el MoU puede ponerse a disposición del público, lo que también aumenta la legitimidad del proceso. Con ello igualmente se protege la independencia de la ONG y la credibilidad de la autoridad.

04

COMPONENTES DEL PACTO ENTRE LA AUTORIDAD Y LOS LICITANTES

El segundo acuerdo más importante en la implementación del PI es el documento del PI que gobierna la relación entre la autoridad contratante y los licitadores. Por lo general, suele revestir la forma de un acuerdo contractual entre las partes. Sin embargo, cabe señalar que, más allá de un contrato suscrito entre dos partes, caben otras opciones de PI.

En particular, destacamos las siguientes fórmulas alternativas:

COMO DECLARACIÓN UNILATERAL:

Los licitantes y la autoridad de derecho público pueden comprometerse a respetar el pacto de integridad de manera unilateral, por medio de actos jurídicos separados. No obstante, estos actos unilaterales deberán presentarse al mismo tiempo y ser conocidos por todas las partes. Como resultado de este requisito, son difíciles de controlar y no suponen la mejor manera de llevar a cabo un PI.

COMO CLÁUSULA INTEGRADA EN EL PLIEGO DE CONDICIONES:

Se trata de una forma de PI obligatoria, que se integra en la propia oferta de contratación pública. Esta cláusula también debe incluir un compromiso similar por parte de la entidad de derecho público. Es similar a la declaración unilateral y debe ser firmado por todos los licitadores que presenten propuestas.

Los elementos fundamentales del Pacto de Integridad incluyen artículos sobre los derechos y responsabilidades de las partes, las posibles sanciones, la resolución de disputas, y en algunos casos la protección de los denunciantes y la divulgación de información. En cierta medida, el Pacto de Integridad reúne los compromisos legales existentes y brinda un panorama claro y conciso de los estándares que se espera que cumplan las diferentes partes. En la medida de lo posible, el Pacto de Integridad también puede incorporar compromisos de mayor alcance que vayan más allá de los previstos

por la Ley. Asimismo, es importante señalar que el PI no puede excluir derechos previstos en la legislación nacional o europea directamente aplicable. Igualmente debería evitar entrar en conflicto con las directivas de la Unión Europea que aún no hayan sido incorporadas al ordenamiento jurídico nacional o la legislación pendiente de entrar en vigor. No obstante, el contrato del PI puede imponer nuevos derechos y obligaciones a las partes, en la medida en que no sean contrarios a dichas Leyes y en que se pueda alcanzar un acuerdo. Por consiguiente, será muy importante entender cómo



interactúan las cláusulas propuestas en un PI con el derecho aplicable en el país, adaptándolas según sea necesario y ajustando las demás actividades previstas en el PI según corresponda. Hay tres fuentes de información clave que contienen información sobre las cláusulas frecuentemente utilizadas.

- La Guía de Implementación del Pacto de Integridad ⁶;
- La Revisión de Experiencias de los Pactos de Integridad ⁷;
- Ejemplos de Pactos de Integridad;

No obstante, también cabe tener en cuenta que, si bien los Pactos de Integridad originales fueron redactados en los 90, desde entonces se han desarrollado nuevas “mejores prácticas” en la licitación pública. Por lo tanto, es posible que se puedan incorporar cláusulas adicionales a partir de estas mejores prácticas para fortalecer el PI.

Igualmente, antes de diseñar un PI para el contexto de un país determinado, es importante comprender cómo se puede acomodar en el marco jurídico del país. Un PI no busca crear nuevas Leyes o reemplazar la normativa, más bien busca mejorar la implementación de la normativa existente y abordar cuestiones que tal vez no incorpore la legislación. Por tanto, se sugiere que el usuario de un PI lleve a cabo un mapeo y análisis del marco legal en su contexto, señalando posibles restricciones a las actividades propuestas por un PI. Un típico marco legal que afecte a la contratación pública puede incluir una serie de Leyes y normativas relacionadas con la contratación, auditoría y control, administración pública y/o corrupción. Sin embargo, también es importante recordar que hay otras Leyes y normati-

va relevante: por ejemplo, Leyes relativas a las políticas presupuestarias y fiscales, o normas internas como los códigos de conducta para los funcionarios públicos.

Una vez que se tenga una visión clara del margen de acción que permite su contexto jurídico y normativo, se puede dar el siguiente paso consistente en diseñar el documento del PI, además de adaptar las demás actividades relacionadas con el PI según sea necesario.

Destacamos los siguientes consejos:

- **Consejo 1:** Si los acuerdos no son suficientemente claros y precisos en cuanto a los diferentes artículos, esto podría generar complicaciones y retrasos durante el proceso. Varias experiencias en la India han demostrado que la falta de definición clara de las vías para canalizar los reclamos puede generar confusión y ralentizar el progreso. Esto también puede suceder cuando no existen detalles sobre la gestión de incidentes o un mecanismo para poner en marcha sanciones.
- **Consejo 2:** Si bien el contenido del PI es importante, no se debe olvidar el proceso. Involucrar al sector privado demasiado tarde puede provocar un sentimiento de que el PI ha sido impuesto, y por lo tanto generar menor confianza. Por ello, es importante realizar actividades de desarrollo del documento en paralelo al trabajo de difusión.

⁶ *Integrity Pacts in Public Procurement an Implementation guide* (2013). Transparency International: file:///C:/Users/Esteban/Desktop/CAPÍTULO%20LIBRO%20PACTOS%20INTEGRIDAD%20OCTUBRE%202017/2013_IntegrityPactGuide_EN.pdf

⁷ Se refiere al documento *Learning Review: Transparency International's Integrity Pacts for Public Procurement*, ya citado.

Dicho lo anterior, el acuerdo del PI tiene que componerse de los siguientes elementos:

FIRMANTES

Los firmantes de un PI comprenden, por una parte, una institución de derecho público (la autoridad), que normalmente es la entidad licitante. En casos en que las decisiones de contratación pública sean tomadas por un órgano central de contratación pública, el PI puede ser firmado por dicho órgano, así como por el que administrará la ejecución del contrato. Por otra parte, el PI es firmado por todos los partícipes e interesados en el procedimiento de contratación. Normalmente, todos los licitantes deben firmar el PI y los que no estén dispuestos a hacerlo no deberían poder participar en la licitación. Con ello se evita una situación desigual en la que algunos licitantes estén sujetos a algunas normas y otros no, lo que crea desequilibrios e injusticias que debilitan el proceso y podrían también poner en peligro su aplicación.

OBLIGACIONES PRINCIPALES

Asimismo, el PI debe de incluir las principales obligaciones a las que se comprometen las partes, entre las cuales figuran las siguientes:

- Un compromiso por parte de la autoridad de que sus funcionarios no exijan o acepten sobornos, comisiones, regalos, gratificaciones, etc., con la consiguiente mención a posibles sanciones administrativas, disciplinarias, civiles o penales apropiadas en caso de vulneración de estos compromisos.
- Un compromiso por parte del licitante de no pagar y de no ofrecer o pagar, sobornos, comisiones, gratificaciones, regalos, etc., que busquen obtener o mantener el contrato; junto con las sanciones contractuales, administrativas, civiles o penales en caso de vulneración.
- Un compromiso de cada parte de no ponerse de acuerdo y de no actuar en connivencia con otras partes con el fin de manipular o influir en el proceso de licitación de ninguna manera.
- Un compromiso de cada parte de divulgar a la autoridad y al monitor de todos los pagos realizados, o prometidos, en relación con el contrato de que se trate (incluidos los agentes y otros intermediarios). Esto se refiere a los pagos efectuados directamente, así como indirectamente a través de familiares, etc.
- Un compromiso explícito por parte del licitante de que las promesas acordadas permanecerán en vigor hasta la plena ejecución del contrato público.

OTRAS OBLIGACIONES PARA LOS LICITANTES

Entre otros aspectos, se pueden incluir los siguientes:

- Se puede aconsejar o solicitar a los licitadores que tengan un código de conducta corporativo (rechazando claramente el uso de y otras conductas poco éticas) y un programa de cumplimiento para la aplicación de un código de conducta en toda la empresa
- El compromiso de cada licitante de que los documentos y la información proporcionada son verídicos, y la aceptación de responsabilidad por declaraciones falsas, representación fraudulenta o declaraciones falsas
- Una declaración del licitante de que no ha participado en conductas prohibidas por el PI o cualquier otra relación o comportamiento corrupto en el período anterior a la oferta (esto puede ser de 3 a 5 años, por ejemplo). Si estuviera involucrado, se requiere que el licitante revele el caso y que muestre lo que ha hecho para abordar el problema y corregirlo.



- Un límite en los pagos a los funcionarios. Considerando que los funcionarios y los intermediarios son utilizados frecuentemente (a veces principalmente) como instrumentos para el pago de sobornos, el PI puede contener una estipulación de que los pagos a los agentes no deben superar cantidades determinadas y apropiadas para la prestación de determinados servicios, legalmente regulados.
- Cuando se implementa un PI en un contrato de consultoría, los consultores deben comprometerse no sólo a no pagar sobornos para obtener el contrato, sino también en diseñar el proyecto o los componentes del mismo de una manera que no sea discriminatoria, que asegure una amplia competencia y que no ofrezca ventajas a un licitador específico
- Los compromisos antes señalados pueden extenderse a otras obligaciones, tales como el pago de impuestos u obligaciones de seguridad social, que se enmarquen en el contexto de la licitación considerada.
- La autoridad puede comprometerse a hacer pública la información pertinente sobre el proceso de contratación, lo que podría incluir toda la información exigida por la ley y otros aspectos o elementos adicionales que se consideren pertinentes en función del proyecto. Sin embargo, el acceso a la información legítimamente protegida por derechos de propiedad intelectual debe seguir siendo restringido; por lo tanto, este compromiso debe incluir también el compromiso de la autoridad de no divulgar y proteger la información jurídicamente confidencial facilitada por los licitadores.
- La autoridad y los licitadores deberían conceder al monitor el mismo acceso a toda la información, con sujeción a un acuerdo de confidencialidad; podría concederse un acceso similar a un representante de la sociedad civil.
- Los funcionarios que participan en el proceso de contratación se les exige, de manera regular, que revelen sus propios bienes y los de su familia, a fin de ofrecerles una perspectiva en caso de que adquieran riquezas de una fuente de origen indeterminado.

OTRAS OBLIGACIONES PARA LA AUTORIDAD CONTRATANTE

- Se puede pedir a los funcionarios de todos los rangos y jerarquías que participen directa o indirectamente en el proceso de contratación que asuman un compromiso ético en el contexto del PI. Este compromiso puede establecer con más detalle ciertas normas de interacción con los licitadores durante y después del proceso de licitación, incluidas normas para gestionar los posibles conflictos de intereses y poner restricciones al empleo futuro ("puertas giratorias").



Finalmente, todo PI tiene que incluir un régimen de SANCIONES.

En particular, las sanciones deben establecerse como consecuencia de vulneración de las cláusulas del PI. La autoridad deberá tener discrecionalidad en la aplicación de todas o algunas de las sanciones, y decidirá sobre el rigor de las sanciones individuales, dependiendo de la gravedad de la infracción o vulneración.

Estas sanciones tienen carácter contractual, lo que implica las siguientes consecuencias:

- 1 No excluyen, sustituyen ni modifican en modo alguno el proceso penal, civil, disciplinario o administrativo sanciones establecidas por la ley, ya que éstas no pueden modificarse mediante un acuerdo contractual.
- 2 Solo se aplican a las partes firmantes.

Algunas de las sanciones que deberían incluirse en un PI en caso de incumplimiento por parte de cualquiera de los licitadores incluyen:

1

Denegación o pérdida del contrato, si el infractor es también el adjudicatario. La exclusión de los procesos de licitación puede incluirse para todos los licitadores antes de que se haya adjudicado el contrato.

2

Pérdida de la correspondiente garantía, cuando se hayan solicitado en el marco de la licitación.

3

Responsabilidad por daños y perjuicios a la autoridad y a los otros licitantes. En este caso, puede incluirse una “cláusula de indemnización por daños y perjuicios”, que determine por adelantado la cantidad de dinero que un incumplimiento del contrato le costaría al infractor. La ventaja de la liquidación de daños y perjuicios es que ahorra los a menudo largos procedimientos para el establecimiento de la cantidad adecuada y, si se fija en un nivel adecuado, pueden actuar como un fuerte desincentivo.

4

Inhabilitación del infractor en la participación en futuras licitaciones (o sólo con la autoridad) por un período de tiempo apropiado. En este sentido, los mecanismos de inhabilitación pueden ser establecidos por ley o reglamento, o de forma contractual. Si el Estado en cuestión no tiene un mecanismo formal de inhabilitación, bastaría con establecer en los documentos de licitación que un requisito para la participación es no haber sido excluida de otros procesos de contratación, o no haber tenido un contrato rescindido a causa de corrupción, conducta inapropiada o vulneración de un PI. Sin embargo, un proceso de inhabilitación transparente y responsable resulta preferible, especialmente si también se establece una base de datos de las compañías prohibidas que pueda permitir que otros gobiernos conozcan información importante sobre las empresas inhabilitadas para contratar.

Se recomienda que las sanciones y su imposición sean proporcionales a cualquier incumplimiento, para no introducir injusticias en el PI. Por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones secundarias puede ser causa de exclusión de la oferta o tan sólo dar lugar a una pérdida en la evaluación del licitante.

La vulneración del PI por parte de funcionarios gubernamentales suele estar sujeta a sanciones disciplinarias, administrativas, civiles y penales que no se pueden alterar contractualmente. El PI debe incluir, por lo tanto, un mecanismo rápido para que el monitor informe de las correspondientes irregularidades. La sospecha por sí sola no puede ser suficiente para imponer sanciones.

La existencia de sospechas, y otros indicadores deberían ser indicios suficientes para iniciar las investigaciones y otros esfuerzos de aclaración por parte del monitor y/o la autoridad. En ausencia de una explicación satisfactoria o cuando se hace evidente que la conduc-

ta indebida constituye una infracción, se debe informar de ello a la autoridad competente, ya sean las autoridades judiciales o las incluidas en el PI.

Finalmente, podemos señalar que, a título de ejemplo, se puede analizar un buen número de PI con distintos grados de detalle, antigüedad y calidad. Estos pueden resultar un buen punto de referencia, sin ser copiados en su totalidad.

Bulgaria:

<http://integrity.transparency.bg/en/integrity-pact>

India:

http://www.indiacgny.org/pdf/tender_integrity_pact.pdf



05

MODELOS DE FINANCIACIÓN

El Pacto de Integridad es un ejercicio de transparencia que debe entenderse como una inversión. Según muestra la experiencia de más de 20 países, ha permitido ahorrar recursos a las administraciones públicas y a las empresas participantes. Por su parte, el trabajo de los monitores se financia para asegurar que puedan dedicar a esta tarea el tiempo e implicación suficiente.

Además, el coste de implementar un PI puede variar dependiendo de los mecanismos de ejecución, las actividades incluidas en el proceso y la complejidad de los procedimientos de licitación.

En cualquier caso, la experiencia ha demostrado que siguen siendo un porcentaje muy pequeño en relación a los costes del proyecto y pueden ser cubiertos por diferentes fuentes: recursos propios de la autoridad; las contribuciones de los donantes o financiadores de proyectos; honorarios de los oferentes, o una combinación de éstos. No hay una cifra válida para cualquier caso, pero de media, cada PI cuesta entre 50.000 USD y 200.000 USD.

Las agencias gubernamentales pueden ser capaces de absorber parte de estos costes, sobre todo porque los recursos humanos y costes fijos ya pueden ser acumulados en el presupuesto de la agencia o se pueden obtener apoyo interinstitucional para aumentar la capacidad. ONG y otras organizaciones requieren de un costeo detallado de su infraestructura y la cobertura de sus gastos administrativos. En algunos casos, los monitores pueden ser capaces de ofrecer sus servicios como voluntarios, a título gratuito o por un precio reducido (por ejemplo, si el monitor es un oficial retirado del gobierno que ya recibe una pensión), pero lo más probable es que ello sea la excepción. Bajo cualquier modelo de implementación, la parte más grande de los costes normalmente se asigna a los honorarios y gastos del monitor.

Los costes de un PI por lo general se pueden dividir en dos partes. En primer lugar, la gestión del Pacto de Integridad, a menudo llevada a cabo por una organización de la sociedad civil, y en segundo lugar el salario por hora y los gastos del monitor externo independiente. El trabajo de los monitores se financia para asegurar que puedan dedicar a esta tarea el tiempo e implicación suficiente. En el pasado, estos monitores independientes han percibido cifras de alrededor de 50 USD a 150 USD por hora trabajada. El tiempo empleado variará con las diferentes etapas del proceso, con atención a la investigación de antecedentes al proceso de licitación, a las ofertas presentadas, a su evaluación y finalmente a su ejecución.

En algunos casos, el monitor se compone de más de un individuo. A fin de que los monitores sean eficaces en sus funciones a veces se requiere dos personas. Por ejemplo, puede tratarse que uno de ellos sea un ingeniero con la experiencia técnica necesaria para supervisar materias propias a su especialización, y el segundo sea un abogado familiarizado con el aspecto jurídico del proyecto.

A título de ejemplo, podemos señalar que, en el primer Pacto de Integridad en España, el Ayuntamiento de Madrid se comprometió a cofinanciar la mayor parte del trabajo de los expertos monitores y costes asociados (70%), y TI España contribuyó en un 30%. El coste total del Pacto fue realizado con un límite de 50.000 EUR en dos años (2017–2018). La financiación incluye: gastos de gestión, comunicación, formación, etc. En el caso de Programas de la UE, ésta financia el total del Pacto de cada uno de los países. En otros casos, son Organizaciones y Fundaciones Internacionales las que lo financian ⁸.

⁸ Los sistemas de financiación varían en Europa y en el mundo dependiendo de la oportunidad y contexto interno. En el Caso Español, TI-España ha utilizado un modelo mixto de financiación: las administraciones públicas colaboran junto con TI-España en la financiación de los gastos de un pacto de integridad: comunicación, gestión, investigación, monitoreo, publicaciones, etc. TI-España, a su vez, ha financiado su parte de los pactos de integridad gracias a la Siemens Integrity Initiative. (<https://w5.siemens.com/spain/web/es/home/corporacion/compliance/pages/integrityinitiative.aspx>). Para más información sobre el caso español, consultar Manual de Herramientas para la implementación de los Pactos de Integridad. TI-España. Diciembre de 2018. También, consultar la web de Pactos de Integridad de TI-España: <http://integridad.org.es/pactos-de-integridad/>.



06

CONCLUSIÓN

Los Pactos de Integridad suponen un método novedoso en la prevención y la lucha contra la corrupción y, por tanto, invita a ciertas reticencias por parte de las administraciones públicas. Sin embargo, el entorno tras los mismos ha cambiado drásticamente desde que empezaran a plantearse en la década de 1990. En efecto, el mundo actual es un mundo con mayor regulación, y en el que la tolerancia hacia la corrupción se encuentra bajo mínimos. Por ello, los PI se enmarcan en una sociedad cada vez más hastiada de la corrupción, y a la vez, deseosa de que se establezcan mejores remedios, legales o políticos, para luchar contra la misma. Lo que se busca sobre todo por medio de los PI es crear una mejor cultura de integridad en contratación pública.

Por ello, los PI sólo pueden ser viables cuando cuentan con un apoyo firme por parte de las autoridades y, de forma especialmente relevante, cuando se encuentran apoyados por el conjunto de la sociedad civil a todos los niveles, ya sea político, económico, técnico u organizativo, así como por parte de las empresas. En definitiva, con la implementación de los PI se consigue cumplir con una demanda social cada vez más requerida, que es la de seguir trabajando en mecanismos que atajen la corrupción. Los PI no pretenden ser un mero artilugio jurídico con consecuencias punitivas, sino que pretenden ir más allá, donde los mecanismos legales tradicionales no pueden llegar, que es la formación de una mejor cultura de integridad en el ámbito de lo público, en definitiva, de aquella interrelación entre el Estado, el mercado y la sociedad civil.

Los PI se enmarcan en una sociedad cada vez más hastiada de la corrupción, y a la vez, deseosa de que se establezcan mejores remedios, legales o políticos, para luchar contra la misma.

Transparencia Internacional España

Calle Fortuny, 53
28010 Madrid, España

Tel.: +34-91-700 4106/05
Fax: +34-91-365 51 69

transparency.spain@transparencia.org.es
www.transparencia.org.es