

Corruption of officials and public works bidding in Peru

Chávez Rabanal, Mario Gonzalo, <https://orcid.org/0000-0002-7675-9705>, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.
Universidad Privada del Norte, Lima, Perú.
mario.chavez@upn.pe

Abstract – In this work, the relationship between corruption and public works tender is analyzed. The research is developed from a qualitative approach, grounded theory design and basic type, the data collection technique of documentary analysis and text review has been used, mainly doctrine and regulations on corruption and public officials. In conclusion, it is noted that corruption and acts of corruption such as improper use of privileged information and bribery nullify public works bidding.

Keywords: corruption, public works tender, bribery, insider information and nullity of contract.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es uno de los flagelos que ataca la red social de convivencia comunitaria y el funcionamiento del Estado. Mediante la convivencia comunitaria los seres humanos logran materializar el proyecto de vida y el desarrollo individual y colectivo. El Estado tiene como uno de sus fines principales lograr el bien común. Cuando se habla de corrupción en el ámbito público no se debe de dejar de lado el impacto que tiene sobre la red social de convivencia comunitaria que impide que grupos o sectores en igualdad de condiciones logren su proyecto de vida y su desarrollo, así como la nefasta consecuencia de redirigir el bien común del Estado al aprovechamiento de los recursos públicos a intereses mercantilistas individuales o sectoriales.

La corrupción se presenta en todos los ámbitos de la sociedad, desde la esfera personal hasta la esfera pública, en la presente investigación nos limitaremos a analizarla en el ámbito público propio de las licitaciones de obra pública. En las últimas décadas se ha cuestionado que a pesar de mantenerse una estabilidad económica en el Estado peruano los beneficios no han sido disfrutados por todos los sectores sociales, a no todos les ha llegado lo que en el lenguaje coloquial peruano se ha denominado como chorreo. Frase que se usó para explicar que el crecimiento económico no se evidenció en los sectores populares y rurales y una causa, entre tantas explicaciones, es la que se analiza en la presente investigación, la corrupción.

La corrupción es un factor que ha impedido que se ejecuten obras públicas y que las mismas se quedan en total abandono, perjudicando a los beneficiarios.

La investigación se justifica por el tema, se analiza la corrupción como un flagelo que se debe de combatir en cada una de las esferas del Estado y su impacto en la licitación de

obra pública, en tanto es uno de los mecanismos por los cuáles el Estado cumple su fin de alcanzar el bien común. Metodológicamente se justifica porque se sigue el método científico en un enfoque cualitativo, teoría fundamentada del tipo básico de investigación, se busca presentar argumentos sobre la nulidad de la licitación por la causal de acreditarse corrupción de funcionarios, y licitar la obra pública nuevamente para que se culmine de ejecutar, superando que ha sido la práctica de dejar en abandono la obra pública. También tiene implicancias prácticas en tanto los fundamentos presentados sobre la nulidad de la licitación pueden ser de guía a los funcionarios y operadores jurídicos para disponer la nulidad de la licitación de obra pública por motivos de corrupción.

En la presente investigación se busca identificar los efectos de la corrupción de funcionarios en las licitaciones de obras públicas, se plantea como objetivo general identificar como la corrupción de funcionario determina la nulidad de la licitación de la obra pública, Perú, 2013. La pregunta de investigación plantea ¿cómo la corrupción de funcionario determina la nulidad de la licitación de obra pública? Y la solución al problema planteado en base a la recolección de información documental doctrinaria, normativa y jurisdiccional sostiene que la corrupción de funcionario al haber recibido un incentivo en especie, monetario ha redireccionado el procedimiento de selección para favorecer a un postulante que sin ese incentivo no habría ganado, por lo que habiéndose viciado el procedimiento de selección la licitación de la obra pública se anula, manteniéndose la situación de hecho sin perjuicio de las responsabilidades legales.

Como objetivo específico 1 se plantea fundamentar como el uso ilegítimo de información privilegiada determina la nulidad de la licitación de obra pública. El problema específico 1 sostiene ¿cómo el uso de información privilegiada determina la nulidad de la licitación de obra pública?, postulando el supuesto específico 1 que acceder a información reservada y que es de solo conocimiento de los funcionarios a cargo de la licitación, usar y brindar esta información para brindarle a un postulante y que por esta información su propuesta resulta ganadora, corresponde que se declare la nulidad de la licitación de la obra pública toda vez acceder a esa información reservada le permitió presentar una oferta que supere a las demás y que sin uso de dicha información no hubiese ganado.

Como objetivo específico 2 se plantea explicar como el soborno determina la nulidad de la licitación de obra pública. Planteando el problema específico 2 ¿cómo el soborno determina la nulidad de la licitación de la obra pública? Y la alternativa de solución que se plantea sostiene que el funcionario público al haber recibido una suma dineraria para que un postulante gane la licitación, se ha direccionado la selección en beneficio de un postulante, que sin el soborno no hubiese ganado dicha licitación.

Sobre los trabajos previos relacionados a la corrupción y a las obras públicas tenemos los siguientes:

La tesis para optar el título de licenciado en Ciencia Política y Gobierno presentado por Claudia Adriana Villena Tagle con el título “El Club de la Construcción: una aproximación al estudio de la corrupción en las obras públicas del Perú (2002-2016)” en la Universidad Católica del Perú. Presenta como objetivo desarrollar una respuesta al fenómeno de la corrupción en la construcción de obras públicas, caracterizado por la débil gobernanza del sistema de infraestructura en el Perú, y la captura corporativa de las instituciones a cargo de autorizar obras públicas, generan corrupción y colusión en los años 2002-2016. Desarrolla la investigación desde el enfoque cualitativo, y señala como principal hallazgo:

[P]rima la ausencia de autonomía para la toma de decisiones al interior de las instituciones de contratación donde se observa la influencia política y empresarial, y la debilidad de las instituciones de control gubernamental. [E]n el sector privado, se encontró una alta concentración de poder económico en un grupo de constructoras que emplearon mecanismos legales e ilegales de captura (lobby, sobornos y financiamientos de campañas políticas), actuando como cartel, para establecer una red de influencias al interior del Estado. Así se logran sobrevaloraciones en las obras asignadas con un impacto en la calidad de la infraestructura, la legitimidad de las instituciones a cargo de estos procesos y la reputación del sector de construcción.

También encontramos la tesis de Oscar Gilberto Álvarez Argueta para obtener el grado maestro en compras públicos en la Universidad Nacional de San Martín de Argentina en el año 2019, que se titula “Corrupción política; comportamiento político; obras públicas; administración pública; El Salvador”, donde afirma que el combate a la corrupción surge cuando es notoria y general y se aborda superficialmente, atacando efectos pero no causas, manteniéndose en la estructura. La forma superficial enfrentar este flagelo, hace que el germen de la corrupción quede intacto y en cuestión de tiempo el problema vuelva a brotar.

En esta dirección ubicamos también la tesis presentada por Sebastián Sal titulada “El Costo de la Corrupción. Medición objetiva en la obra pública: consecuencias, efectos e importancia”, para obtener el grado de doctor en Ciencias Económicas en la Universidad de Buenos Aires el año 2020, se propone la tesis crear un método de medición que permita calcular el costo de la corrupción en la obra pública, servicios o compras tomando como base la construcción de rutas, casos de sobreprecio. Se plantea como objetivo determinar los indicadores que deberían utilizarse para crear un modelo que permita alcanzar una cifra aproximada de dinero perdido por la corrupción; y, como parte de sus conclusiones señala [8]:

Control previo, transparencia en las contrataciones públicas y en el acceso a la información – llamó la atención la reticencia a entregar información por parte de organismos públicos así como también la negativa de políticos que pregonan a todas voces ser honestos y combatir la corrupción a ser entrevistados con motivo de este tema-, garantías suficientes respecto de la durabilidad de las obras, análisis costos / tiempo, fomentar la competencia entre contratistas, cláusulas contractuales que proporcionan incentivos financieros para reducir la duración de la construcción, y para mejorar el desempeño de calidad, minimizar el tiempo y/o el costo de la construcción repetitiva, una justicia adecuada que castigue cuando debe castigar, recuperación de los activos perdidos por corrupción, y sobre todo voluntad política para realizar un gran cambio en la administración pública son cuestiones necesarias para ello.

Asimismo, tenemos la tesis [6], que tiene objetivo identificar las causas de la corrupción en la construcción de obras públicas a partir de dos casos de estudio: Vía de Evitamiento y el Hospital Antonio Lorena del Cusco. Usó encuestas aplicadas a funcionarios públicos del Gobierno Regional del Cusco, entrevistas semiestructuradas. Afirmando que la adopción de decisiones responde a un acuerdo que surge de sobornos ofrecidos por las constructoras y las decisiones de los actores se adoptan por la aversión a la pérdida, donde prefieren evitar una pérdida segura, y no involucrarse en actos de corrupción, en favor de una pérdida potencial, perder el trabajo e ir a prisión.

Finalmente, tenemos la tesis [9], donde expone la corrupción en la contratación pública en la obra pública, señala que el estudio muestra las prácticas corruptas que se han mantenido inalterable por decenios sin que el Estado las combata eficientemente. Así expone:

[E]l estudio profundiza en lo que viene sucediendo en la Argentina, donde, desde hace treinta años, ha habido casos emblemáticos de corrupción, sin mayores consecuencias jurídico-penales. En gran medida, ello se debe a la ausencia de controles y

contrapesos serios, así como a la falta de respuesta de las instituciones encargadas de prevenir, reprimir y reducir los focos delictuales. Nos centramos en la contratación pública, por ser la forma más usual de contratar con el Estado y por la magnitud de los intereses económicos involucrados.

II. METODOLOGÍA

En la investigación se ha seguido el método científico aplicado al estudio de datos cualitativos. Se ha iniciado con identificar las categorías de investigación como son la corrupción y la licitación de obra pública. Y como categorías específicas se han identificado para el objetivo específico 1 el uso de información privilegiada y par el objetivo específico 2 el soborno.

Se realiza la investigación desde el enfoque cualitativo, dado que analizando las características, propiedades de la corrupción se pretende explicar el impacto y los efectos que tiene en las obras públicas.

También se usa el diseño de teoría fundamentada, toda vez que se tiene como objetivo presentar fundamentos, debidamente sustentados en la doctrina, la normativa y la jurisprudencia sobre la nulidad de licitación de obra pública por causa de corrupción de funcionario que está a cargo o que participa en la concesión de la licitación.

En relación al tipo de investigación es pura, se propone una interpretación sobre la nulidad de la licitación de obra pública por actos de corrupción de funcionarios a cargo de la licitación. En esta dirección, se propone una interpretación que la licitación de obra pública viciada de corrupción no sólo se proceda con la nulidad de la licitación sino además que se mantenga la situación de hecho de la obra pública y se proceda a un nuevo proceso de licitación que culmine la obra, independientemente de si la nulidad por corrupción se ha judicializado o se ha sometido a procedimiento arbitral. Se plantea fundamentos para que se continúe con la obra pública a fin de dotar los servicios a la población.

Sobre las técnicas de recolección de datos y sus respectivos instrumentos se han usado principalmente las técnicas de análisis documental y la técnica de revisión de textos con sus respectivos instrumentos como son la guía de análisis documental y la guía de revisión de textos. Los documentos y textos a los que se hace referencia son principalmente la doctrina, la normativa y la jurisprudencia.

Sobre la población y la muestra en el enfoque cualitativo se usan los participantes y el escenario de estudio. En el presente caso al referirse principalmente la técnica de recolección de datos al análisis documental y a la revisión de textos, están referidos a los documentos doctrinales, normativos

y jurisprudenciales. Y se ha procedido con la selección por muestreo que se refiere a la selección de determinados documentos que permitan alcanzar los objetivos propuestos, pasando por un proceso de valoración, selección y disposición.

En lo referente al método de análisis de datos, en el presente trabajo se ha empleado principalmente la hermenéutica jurídica, a través de la interpretación jurídica de los datos obtenidos de la doctrina, normativa, y jurisprudencial, se ha procedido con seleccionar los datos pertinentes a cada uno de los objetivos de la investigación y procederlos a usar en los resultados y en la discusión.

Sobre las consideraciones éticas de la presente investigación, se ha procedido con respetar estrictamente la información recopilada sin alterarla o manipularla a fin de hacerla encajar dentro de los fines de la investigación. Así como ha realizar la consulta directa de las fuentes referencias en el texto, colocar las referencias correspondientes y enmarcar el trabajo dentro de los límites de similitud y evitar cualquier insinuación de plagio.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Paralización de obras públicas

La Contraloría General de la República del Perú (en adelante Contraloría) en el Informe denominado Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a mayo 2023, N° 005-2023-CG/SESNC, de la Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control, de fecha junio de 2023, define como obra paralizada aquellas obras que tienen las siguientes características [1]:

- La obra se ejecuta bajo las modalidades por contrata, administración directa, convenios de Estado a Estado, Asociaciones Público-Privadas que tengan componente de infraestructura, Obras por Impuestos, intervenciones de infraestructura ejecutadas por núcleos ejecutores u otras modalidades establecidas por ley.
- La obra se encuentra en ejecución física de acuerdo con las condiciones establecidas para su inicio en el marco normativo de cada modalidad.
- La obra no se ha concluido y no reporta avance en su ejecución física por seis (06) meses o más, por causas atribuibles a situaciones de controversia, abandono, deficiencias del expediente técnico, factores climáticos, situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato u otras causas que puedan ocasionar la suspensión prolongada del plazo de ejecución física de la obra.

La obra paralizada pone énfasis en delegación del Estado a un privado para que dentro del marco normativo ejecute una obra pero la misma no se ha concluido, no reporta un avance en

ejecución física por más de 6 meses, quedando en abandono, involucradas en controversias, etc. que hacen que se suspenda y prolonguen los plazos de ejecución.

En el presente trabajo de investigación, en base al concepto de obra paralizada lo relacionamos con los actos de corrupción que se han presentado en todas las fases de la licitación de la obra pública, y que al final, por estos actos de corrupción terminan en el abandono o no se ejecutan en tiempos acordados.

En el Perú de conformidad a la data señalada oficialmente por la cada institución gubernamental ejecutora, el 9.7% de la totalidad de obras paralizadas están en dicha situación por la carencia de recursos financieros y liquidez. El 12% por no cumplir los acuerdos contractuales. El 3.9% por divergencias, litigios y arbitrajes. En tanto el 1.9% por insuficiencias en el Expediente Técnico, entre otras causales.

Figura 1: Obras paralizadas según causal de paralización reportado por las entidades públicas

Causales de paralización declarada por la entidad	N° obras paralizadas	Porcentaje %	Costo actualizado S/	% Costo Actualizado	Saldo de inversión S/	% de Saldo de Inversión
Falta de Recursos Financieros y Liquidez	118	9.7%	555,437,635	2.5%	212,965,574	1.9%
Incumplimiento de contrato	167	12.0%	7,834,652,657	34.6%	4,171,502,793	37.0%
Discrepancias, Controversias y Arbitraje	65	3.9%	5,263,977,135	23.2%	2,915,733,951	25.9%
Conflictos Sociales	10	0.7%	333,135,070	1.5%	216,748,964	1.9%
Eventos Climáticos	14	1.2%	180,347,606	0.8%	45,906,684	0.4%
Deficiencia en el Expediente Técnico	27	1.9%	489,389,497	2.2%	295,111,775	2.6%
Abandono de Obra	22	1.7%	115,054,612	0.5%	61,243,238	0.5%
Falta de Permisos, Licencias y Autorizaciones	8	0.7%	1,396,963,727	6.2%	533,512,721	4.7%
Disponibilidad de Terreno	11	0.9%	177,732,289	0.8%	30,939,165	0.3%
Interferencias	6	0.5%	43,667,090	0.2%	29,449,713	0.3%
Otros (*)	1161	67.0%	6,258,592,583	27.6%	2,751,449,412	24.4%
Total	1609	100%	22,648,949,901	100%	11,264,563,990	100%

Nota. Adaptado del Informe denominado Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a mayo 2023, N° 005-2023-CG/SESNC, de la Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control, de fecha junio de 2023.

Licitación

La licitación se comprende como procedimiento administrativo, de naturaleza concursal y abierto, conformado por una sucesión ordenada de actos unilaterales emanados de la Administración y de los privados interesados, y cuyo fin es la adjudicación y posterior celebración del respectivo contrato. La ley 30225 en el artículo 22 señala que la licitación pública se utiliza para la contratación de y bienes y obras. La licitación pública se desarrolla en las siguientes etapas: a) Convocatoria, b) Registro de participantes, c) Formulación de consultas y observaciones, d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases, e) Presentación de ofertas, f) Evaluación de ofertas, g) Calificación de ofertas y h) Otorgamiento de la buena pro. (artículo 70 del del TUO de la Ley Contrataciones del Estado, D.S. N°. 082-2019-EF).

Y para los fines del presente trabajo, la corrupción se puede presentar en cada una de estas etapas, ya se trate de las diversas

modalidades de actos de corrupción (cohecho, soborno, tráfico de influencias, contratación indebida, alteración de contrato, etc.) que influyen y dirigen en un determinado sentido y a favor de un privado la licitación. Lo particular en el presente trabajo, se pone énfasis en que a partir de estos actos de corrupción la licitación termina en unas manos que ya están manchadas con corrupción y que una vez ganada la licitación la obra pública no se hará para el bien común sino para el interés particular. Si se intervino en el proceso de la licitación con actos de corrupción para beneficiarse con el resultado, una vez logrado el objetivo, la intención y elección no será diferente de ver privilegiado el interés personal por sobre el interés colectivo.

Responsabilidad de los privados

La situación de los privados que cometan actos de corrupción y como consecuencia de ello se paralicen las obras públicas en el Perú aún no tiene una norma especial que los sancione específicamente por estos actos, sin embargo, existen propuestas de las autoridades competentes para que el legislador determine bajo el principio de legalidad y tipicidad las conductas sancionadas como delitos así como las penas respectivas, así lo ha declarado el Contralor General de la República del Perú Neslson Shack:

Vamos a presentar un proyecto de ley al Congreso que nos permita sancionar a los privados, es decir, a las empresas contratistas que realicen presuntos actos de corrupción en la ejecución de obras públicas, porque no es justo que tengamos miles de obras paralizadas sin que estas empresas reciban ningún tipo de sanción, y que además ganen licitaciones en otras provincias y regiones y no pase nada. [4].

En la actualidad si bien los actos de corrupción están sancionados en el código penal que comprende principalmente a los funcionarios que han participado en los procesos de concesión, licitación o selección de las obras públicas, uno de los agentes involucrados en dichos actos sin embargo han permanecido impunes, realizando la práctica de abandonar la persona jurídica ganadora con la obra pública y luego proceden a constituir otras personas jurídicas y participan en nuevos procesos de licitación, dejando en el abandono las anteriores.

La medida de imponer sanciones directamente por actos de corrupción a los privados en la concesión, licitación o participación de obras públicas es un pendiente en el Perú, estas sanciones darían las herramientas para enfrentar este flagelo en uno de los actores que han sido responsables directos en el abandono de las obras públicas por actos de corrupción.

Más de 2 mil obras paralizadas se encuentran al 31 de diciembre del 2023 según el último reporte de la Contraloría General de la República, con un costo actualizado de S/ 26 992 millones, y un saldo de inversión de S/ 13 772 millones. Lo que

incluye a la carga económica, “las demoras ocasionan que no podamos acceder a servicios públicos como hospitales, colegios, carreteras y puentes. Solo desterrando la baja ejecución de la inversión y las obras paralizadas podremos cumplir las promesas de un mayor bienestar para todos” [4].

Otra es la figura de los funcionarios que, renunciando a sus fines de ser los vigilantes, administradores y cuidadores de la cosa pública renuncian al bien común y se convierten en agentes, promotores, gestores de intereses privados. Utilizando el Estado se aprovechan intencionalmente, con pleno uso de sus capacidades intelectuales y en plena elección deciden optar por hacer intereses privados por sobre los intereses públicos.

Corrupción de funcionario y la nulidad de la licitación de la obra pública

Cuando hacemos referencia al concepto de funcionario público, no solo lo enfocamos desde el concepto del derecho administrativo que comprende desde la perspectiva de la elección y designación de la autoridad competente, sino se incluye la tipificación del Código Penal estatuido en el artículo 425 que señala que tienen la condición de “funcionarios” o “servidores públicos” a los siguientes: a) los comprendidos en la carrera administrativa, b) los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluido los de elección popular, c) los que tienen vínculo laboral o contractual con entidades, empresas o sociedades de economía mixta del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos, d) los administradores, depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, e) los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, f) los designados por autoridad competentes para desempeñar funciones estatales y g) los indicados por la Constitución.

Y la corrupción de funcionario se comprende como los delitos contenidos en el Código Penal peruano referido a actos que se tipifican como oferta, compra o venta de actos funcionales o disfuncionales que debe realizar un funcionario público. Son delitos que tiene formas activas y pasivas de soborno y cohecho. Con sus acciones se lesiona la imparcialidad y el correcto acatamiento de las funciones y servicios que incumben al funcionario público [3].

Los delitos funcionales de corrupción son dolosos y de realización comisiva, aunque encontramos excepciones como el peculado culposo del artículo 387 del Código Penal y la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales regulados en el artículo 377. Los delitos funcionales de corrupción ponen énfasis en la elección que realiza el funcionario, como una forma de vicio desde la perspectiva de la ética, una persona no es virtuosa o viciosa por negligencia o descuidos, sino, conforme actúa la ética por elección. Esto implica que desde la perspectiva del presente trabajo el funcionario público que realizó actos de corrupción lo hace por elección, eligió ver satisfecho el interés privado y el

suyo propio por encima del interés común o el bien público hacia el cuál está dirigida la obra.

La obra que se pretende realizar con la licitación no es para satisfacer los intereses del funcionario, sus allegados, sus amigos o privados, sino es para el bien común, que es un interés despersonalizado, es un interés de todos y de ninguno en particular que resulta de beneficio para todos en igualdad de condiciones. La obra que debería de terminar siendo beneficiosa para la ciudadanía sin ningún tipo de discriminación termina beneficiando a un grupo minúsculo, entre ellos el propio funcionario, con los actos de corrupción a pesar de que no se ponga la primera piedra. Y tal vez, en el fondo, de modo subrepticio en los actos de corrupción en la licitación de obra pública está la idea inconsciente de excluir a ciertos sectores de la sociedad del beneficio de determinadas obras (escuela, colegios, universidades, autopistas, hospitales, etc.); porque tal vez, se considera que no solo no deberían de beneficiarse con dichas obras, sino que también al no contar con estos servicios tendrían que ir en la búsqueda del mercado el servicio o atención que requieren.

La corrupción en sus distintas modalidades ataca directamente al concepto de *Res Publica*, a la noción de Estado, en tanto el Estado ha superado la visión personal, la visión de la sociedad civil para instituir la visión común, la visión del bien común. Si el Estado ha decidido llevar a cabo una obra pública, no lo ha hecho pensando en unos sujetos en particular, en unos individuos en concreto o en un grupo singular, sino la hace en la nación, lo hace en todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, por ello, si esta obra no se ejecuta, al final, es la nación, la totalidad de ciudadanos los que terminan perjudicándose. Este perjuicio, que no requiere mayor prueba que la tan sola no ejecución de la obra es razón suficiente para anular la licitación otorgada, y como la nulidad de raíz elimina toda protección jurídica, se debe de dejar sin efecto todo el procedimiento, como si nunca existió, e iniciar con un nuevo proceso de licitación. Y a los sujetos implicados en la corrupción procesarlos penalmente e inhabilitarlos para contratar con el Estado directa o a través de representantes.

La nulidad de la licitación permite ante cualquier medida judicial interpuesta por el privado, sea ante el Poder Judicial o el fuero arbitral, no tenga ningún efecto sobre la continuación o inicio de la obra por un tercero o por el propio Estado, ya que al anularse la licitación todo vuelve a fojas cero, no hay derechos adquiridos u obligación incumplidas. Por la nulidad se anula todo, como si se estaría recién por iniciar la licitación, la obra, etc. Además, el acto de corrupción, al ser un acto doloso, de elección, los agentes asumen las consecuencias de sus actos y una de ellas, además del fuero penal y civil, es desligarse de la obra para que la misma continúe o inicie y cumpla su finalidad que es la servir a la colectividad y no a unos particulares. La nulidad permite al Estado asegurar su rol de asegurar el bien común.

Información privilegiada y la nulidad de la licitación de obra pública.

Desde la perspectiva de la sociedad de la libre competencia, la información privilegiada se comprende dentro del funcionamiento, integridad y equilibrio de los mercados como un principio y derecho que garantiza la transparencia, igualdad y confidencialidad a fin de proteger eficientemente al inversionista, la rentabilidad y la liquidez de su inversión (Puga, 2003, p. 238). A fin de promover de manera igualitaria, eficiente y competitiva el funcionamiento del mercado, la información privilegiada se expresa como medio preventivo, confeccionado para impedir cualquier manipulación que cambie buen funcionamiento del mercado y mantener la neutralidad informativa [7].

La información privilegiada se comprende como la información que teniendo las características de relevancia y concreción no ha sido divulgada, su conocimiento pertenece a un grupo reducido de personas, que cuando acceden a ella por sus funciones, se encuentran en un nivel de privilegio por la data importante que incide directamente en el evento [7].

En el ordenamiento jurídico peruano el uso indebido de la información privilegiada está tipificada en el artículo 251-A del Código Penal que tipifica la acción del que obtiene un beneficio, se evita un perjuicio de carácter económico en forma directa o a través de terceros, mediante el uso de información privilegiada, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno (1) ni mayor de cinco (5) años.

En las licitaciones sobre obra pública, la presentación de ofertas que se realice en función haber accedido a información privilegiada que le permita hacerse de la licitación conlleva a que la decisión adoptada se encuentra manchada con actos de corrupción, y estos actos de corrupción al ser contrarios al orden jurídico no generan consecuencias jurídicas. La licitación es consecuencia directa de la información privilegiada, sin dicha información no se otorga la licitación, y este uso de información privilegiada no asegura libre competencia y un mercado en igualdad de condiciones, por un lado, y por otro, afecta el bien común, ya que, el uso de esta información para el aprovechamiento particular luego se verá reflejado en la obra pública, que si no se inicia la obra, o no se la termina, y si se la termina es sobrevalorado o colapsa en un periodo corto, y los beneficiarios de la obra no terminarán de gozarla o de costearlas en mayores cantidades.

La licitación de la obra al estar conectada directamente con el acto de corrupción expresado en aprovechar la información exclusivamente en beneficio de una persona determinada conlleva a su nulidad, nulidad que le quita todo carácter jurídico a la licitación. La nulidad como tal extingue toda obligación y consecuencia jurídica de la adjudicación. En la normatividad nacional peruana el uso de la información privilegiada se encuadra dentro de los impedimentos que existen para contratar, estipulado en el artículo 11 de la Ley 30225, dispositivo que

busca garantizar en igualdad de condiciones el acceso a la información respecto al contrato futuro entre el proveedor y los participantes, todos deben de actuar en igualdad de condiciones. Con el impedimento se pretende evitar el conflicto de intereses, en tanto las personas que intervengan directamente en la licitación no deben de estar en la posibilidad de tener condiciones que favorecen su participación en el procedimiento de selección.

Este favorecimiento indebido conlleva a que la licitación otorgada no sea producto de un procedimiento regular, sino uno irregular, manchado con la corrupción, y como tal nulo, sin efectos jurídicos. La nulidad conlleva a que de ser le caso se inicie nuevamente con la obra, se continúe con la misma por un tercero o en su defecto se vuelva a convocar, imponiéndose las sanciones a los funcionarios y a los particulares.

Soborno y la nulidad de la licitación de obra pública

El cohecho o también conocido como soborno se refiere al funcionario que acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad.

Es un delito de encuentro porque requiere mínimo dos personas para que se cometa, un funcionario público y un tercero que requiere de sus servicios. El que cometa el soborno (corrompa) será el sujeto activo y el que acepta el cohecho (corrupto) será el sujeto pasivo.

El soborno se manifiesta en las obras públicas en la medida que los montos ilegales se pueden incluir en los contratos celebrados o en abono directos que no dejan huella financiera.

En este caso, también la obra adjudicada es producto de la corrupción, la obra no se hubiese licitado si el funcionario no hubiese recibido el donativo, promesa o ventaja, haciendo que la obra tampoco sea producto de procesos regular, sino viciado, viciado por la concurrencia del corrupto y del corruptor. En este escenario tenemos el *Bid Rigging*:

El *Bid Rigging* es una práctica ilegal en la que las partes involucradas planean influir en el resultado de un proceso de licitación. La manipulación de licitaciones es un tipo de manipulación de precios y cooperación anticompetitiva; Cuando los licitadores trabajan juntos, el proceso de licitación se debilita y el precio de manipulación puede ser más alto de lo que habría sucedido en una licitación de mercado libre. Los consumidores y los contribuyentes pueden sufrir como resultado de la manipulación de licitaciones, teniendo que pagar precios más altos. Las personas que participan son compensadas por su trabajo [2].

CONCLUSIÓN

En suma, los actos de corrupción, expresado en el uso indebido de información privilegiada y del soborno vician el proceso de licitación, manchan el procedimiento haciendo prevalecer el interés personal, privado por sobre el interés general. La licitación que tiene como fin dentro de un mercado de libre competencia se ve desnaturalizado por una competencia desigual, desequilibrada y manipulado, donde el que accede a la información privilegiada u otorga una dádiva al funcionario se ve beneficiado, ve beneficiado su interés y los intereses de la ciudadanía relegados, y muchos de estos cuentan con estas obras para equilibrar las oportunidades.

Asimismo, la sanción de la nulidad de la obra pública significa que no se generan beneficios o derechos para continuar con la misma, sino se declara la invalidez total y se está facultado para convocar a licitación nuevamente.

Y a los agentes que participaron en los actos de corrupción además de imponerles penas privativas de la libertad debería de prohibírseles contratar con el Estado directamente a través de intermediarios.

REFERENCIAS

- [1] Contraloría General de la República del Perú. “Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a mayo 2023, N° 005-2023-CG/SESNC”. Recuperado el 21 de febrero de 2024. Available: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4784364/Reporte%20de%20obras%20paralizadas%20en%20el%20territorio%20nacional%20a%20mayo%202023.PDF?v=1688130673>
- [2] Financial Crime Academy. Soborno y corrupción: definición y proceso. *Financial Crime Academy*. 3 enero de 2024. Available: <https://financialcrimeacademy.org/es/soborno-y-corrupcion-definicion-y-proceso-2/>
- [3] Lex. *Principales delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios. Bien explicado*. LP. 7 de febrero de 2022. Available: <https://lpderecho.pe/delitos-administracion-publica-funcionarios/#:~:text=En%20el%20art%C3%ADculo%20425%20el,cargos%20pol%C3%ADticos%20o%20de%20confianza>
- [4] S. Loise. “Contraloría plantea sancionar a responsables de paralización de obras públicas por actos de corrupción”. RPP, 11 de febrero de 2024. Available: <https://rpp.pe/lima/actualidad/contraloria-plantea-sancionar-a-responsables-de-paralizacion-de-obras-publicas-por-actos-de-corrupcion-noticia-1533673?ref=rpp>
- [5] G. G. S. Ludi. *Vulnerabilidades de corrupción en el contrato de obra pública en El Salvador*. Repositorio Institucional de la UNSAM, 2 marzo de 2020. Available: <https://ri.unsam.edu.ar/handle/123456789/1156>
- [6] T. G. R. Martín. *En la sombra de la legalidad: las causas de la corrupción en la contratación de obras públicas. El caso del Hospital Antonio Lorena y la Avenida de Evitamiento en el Cusco (2011-2014)*, 1 octubre, 2020. Available: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/17164>
- [7] A. P. Puga. “Acerca del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno: su alcance, contenido y límites”. Dialnet. (2003). Available: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650285>
- [8] S. Sal. *El costo de la corrupción: Medición objetiva en la obra pública: consecuencias, efectos e importancia*. (Tesis de Doctorado. Universidad de Buenos Aires, 2020). Available: http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-1312_SalS.pdf
- [9] True, & José, R. P. M. *La corrupción en la contratación pública*, 25 noviembre, 2021. Available: <http://hdl.handle.net/10803/675843>