

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
(Un análisis particular de los principios rectores
de la contratación administrativa)

Máster Christian E. Campos Monge^(*)

(Recibido 02/11/05; aceptado 05/04/06)

(*) El autor es Investigador y Candidato a Doctor del Sistema de Estudios de Postgrado de la UNED; Magíster en Derecho Constitucional y Técnico en Comercio Internacional. Ejerce la docencia a nivel de postgrado en la Universidad La Salle y es instructor certificado en *Didáctica, Métodos y Planificación* por parte del ICAP (Instituto Centroamericano de Administración Pública), Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional y la Contraloría General; asimismo ha escrito cerca de un centenar de artículos para diferentes diarios de circulación nacional; además, dictado regularmente cursos sobre corrupción, probidad, contratación administrativa y afines, en Escuela Judicial, Colegio de Abogados, Contraloría General y con varias empresas de capacitación.

Teléfono 220-3110

E-mail. chrisjm33@yahoo.com

RESUMEN

Uno de los quehaceres públicos más expuestos y generadores de corrupción yace en la tramitología de los procedimientos de contratación pública. De rango constitucional, el derecho de la contratación administrativa se fundamenta en una serie de principios, siendo de los más importantes los de transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y eficacia. Sin duda, la aplicación de ciertos principios debería paliar en buena medida la comisión de actos irregulares, sea éstos de carácter legal y/o de probidad. La corrupción es un fenómeno presente en las compras estatales; de ello deriva la existencia riesgos evidentes en áreas puntuales; tales áreas deben conocerse con el objeto de tomar medidas preventivas. Tramitar al amparo de principios superiores las compras estatales potencia la no generación de ese “caldo de cultivo” propio de la corrupción; entre más eficiencia, eficacia, rendición de cuentas y transparencia, menores posibilidades de cometer actos contrarios a lo debido por el servidor estatal y privado.

Palabras clave: Contratación pública. Principios constitucionales. Eficiencia. Corrupción.

ABSTRACT

One of the most exposed public tasks that generate corruption lies on the procedures of the public contracting process. The right to administrative contracting, which has constitutional rank, is based on a series of principles, being transparency, accountability, efficiency and effectiveness some of the most important. Indeed, the application of certain principles should relieve, to a great extent, the performance of irregular actions, whether they entail legality and/or integrity. Corruption is an existing phenomenon in government purchases; evident risks in isolated areas derive from this; these areas should be known in order to take preventive actions. Processing government purchases with the protection of higher principles encourages the non-generation of that characteristic “breeding ground” in corruption; the more efficiency, effectiveness, accountability, and transparency, the less possibilities for the government or private officers to perform acts contrary to what is right.

Key words: Public Contract. Constitutionals principles. Efficiency. Corruption.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Contratación pública, principios constitucionales y de probidad.
3. Corrupción, un breve acercamiento al problema
4. Contratación pública y corrupción; algunas implicaciones y correlaciones
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

“[El Rey] debe defender las rutas de comercio del acoso de los cortesanos, los funcionarios públicos, los asaltantes y los guardias de la frontera... Así como es imposible no saborear la miel o el veneno que se encuentra en la punta de nuestra lengua, es imposible para quien tiene que ver con la administración pública y el gobierno, no probar aunque sea sólo un poco de la riqueza del Rey”.⁽¹⁾

En ocasiones pareciera que la corrupción ha ganado la batalla en el manejo de la cosa pública. Otras veces, no las muchas, la anuencia a querer realizar esfuerzos de palabras y de hechos, en referencia a los principales actores de la sociedad, son más evidentes en beneficio de la lucha anticorrupción. Como sea, la lucha dicha en un país como el nuestro está más candente que antes, no solo porque se han denunciados muy lamentables hechos en donde la ética y el manejo transparente de los fondos públicos ha sido algo casi nulo sino, además, porque ya el tópico no permite un más allá.

Lo nuevo, dirá un autor citado más adelante, no es la corrupción sino el hablar de ella. Lo nuevo, agregamos, no es darse cuenta de un mal endémico sino decidir de una sola vez, si se desea frenar del todo, o al menos realizar esfuerzos para paliar con mayor tino, el cáncer que carcome la dignidad misma del pueblo.

El rey, conforme al estrato citado infra, es el tesoro de la hacienda pública que, en términos reales, pertenece a toda la Nación. Tal tesoro es apetecido por los corruptores y las corruptelas organizadas que en última instancia, pretenden anular el interés público en beneficio del interés privado o personal. El rey es el Estado de Derecho que con buena técnica o no, busca regular en todo lo posible el manejo transparente de los dineros del país, no así el que con normas o no, realiza lo que mejor le convenga para sacar provecho personal. El rey no es, finalmente, el servidor público que con investidura pública o no, descuida el deber que le imponen la Constitución y las leyes, y con conductas directas u omisivas, daña e irrespeta la democracia misma, el

(1) Tomado de Corruption: Some Myths and Facts, Daniel Kaufmann, *The World Bank*, 1997.

sistema de la ética o la probidad debida, los valores de orden público y la honestidad pretendida por la mayoría.

En este breve ensayo se pretende analizar el tema de la contratación pública desde los principios rectores de la materia. Lo anterior desde lo que la Constitución instaure como cúmulo de enunciados rectores de la materia señalada, más otro tanto de principios con un tinte estrictamente ético que, entre los dos, establecen el radio de acción permanente bajo el cual debe girar todo actuar público e, incluso privado, cuando exista relación directa o no con el proceso de compras estatal.

Igual presentaremos un acercamiento al fenómeno de la corrupción desde lo general y lo que tal tema significa en las relaciones públicas y privadas que cotidianamente se presentan. Finalmente, se intentará exponer, a modo de focos o nichos de sumo cuidado, algunos aspectos casuísticos de las compras públicas y sus implicaciones y correlaciones en torno a la corrupción; definitivamente los operadores de esta materia saben, o deben conocer, esos espacios donde los oportunistas podrían hacer de las suyas, en clara infracción del marco regulatorio.

No se busca agotar en este primer acercamiento al tema todos los posibles riesgos o focos de corrupción que se presentan, o se podrían dar, en el desarrollo de los procedimientos de la contratación pública. Ello es propio de un trabajo más profundo y extenso por lo amplio que es, precisamente, el tema de fondo de nuestro interés. Así, en esta ocasión se darán algunos criterios que, nutridos sobretodo de la experiencia particular –o hasta de lo evidente–, se dan dentro del tópico de interés.

Al final se pretende, con las aclaraciones del caso, incentivar un ánimo de cuidado antes los riesgos, y de toma de postura definitiva en beneficio del correcto y honesto manejo de la hacienda pública cuando se trata de los procedimientos de compra de bienes y servicios del Estado.

2. CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE PROBIDAD

Las administraciones públicas adquieren sus bienes y servicios a través de la contratación pública. Toda compra debe desarrollarse a partir de lo que establezca la normativa y la misma jurisprudencia

administrativa y constitucional. Existe desde el procedimiento regla e idóneo de la Constitución, como lo es la licitación pública, hasta las contrataciones mediante otros procedimientos ordinarios como las licitaciones por registro, restringida y la misma contratación directa (*advertimos que los concursos por registro y restringido desaparecerán fruto de la reforma legislativa hecha a la Ley de la materia, según proyecto de ley votado en segundo debate el miércoles 26 de abril pasado; tales reformas entrar a regir el 1º de enero del 2007*). Es el monto a erogar en cada compra, y la naturaleza del objeto, lo que determina el tipo de procedimiento por realizar.

Ahora, no siempre las diversas instituciones o tópicos de orden jurídico pueden ser ubicados en el texto de una Constitución, sea para el caso nuestro, como el de otros órdenes normativos. Actualmente, a raíz de múltiples interpretaciones que hacen los tribunales constitucionales, las figuras –o los institutos– se logran desprender de no decirse literalmente, de los valores y principios de los que se nutre no tanto la Constitución como la letra escrita sino el Derecho de la Constitución, que deriva de aquélla, que es un espectro mucho más amplio que el mero conjunto de normas de tinte supremo en una escala positiva en donde yacen valores, enunciados o principios; o, por otro lado, una ideología específica bajo la cual se estatuye una norma suprema de Estado.

Así, la contratación administrativa, que no sería el caso de ausencia de normativa constitucional, se encuentra planteada en la norma 182 de la Constitución Política. Sin embargo, en nuestro parecer es hasta que sea crea la Sala Constitucional que empieza a hallar y desarrollar con mayor profundidad tal área del Derecho. Por ello, la contratación administrativa es tema de la Constitución, en un primer momento, y luego, tema de las normas inferiores que le detallan.

Bajo esta inteligencia la Sala Constitucional indicó sobre esta materia lo siguiente:

“IV.- EL ARTICULO 182 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA... desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, “toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación”... El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los

Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de “los contratos sin licitación”, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. Por ello, como lo afirma en su informe la Contraloría General de la República y se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión de la contratación del Estado y la creación y atribución de funciones de la Contraloría General de la República, generó poca discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dado el consenso nacional de la necesidad de una normativa firme que coadyuvara a solucionar tales problemas. Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el **“medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración”...** / **V.- ARTICULO 182. Cont.-** *Es importante recalcar que la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con esta norma constitucional, se centró en la determinación del procedimiento más apto para que se realizara la contratación administrativa: en tanto, algunos constituyentes eran partidarios en eliminar toda restricción, para que la misma se verificara mediante licitación privada, por cuanto las licitaciones públicas no siempre producen los mejores beneficios, por el contrario, otros abogaban por la necesidad de instaurar el procedimiento de la licitación como principio constitucional de la contratación administrativa, discusión que concluyó en que el sistema de la licitación privada se reservaría únicamente para las contrataciones cualitativa y cuantitativamente menores, como lo son las reparaciones, y que el resto de las negociaciones administrativas se realizaría mediante la licitación pública (ver acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949)” (Voto 998-98).*⁽²⁾

El voto constitucional reseñado debe leerse, para lograr un sentido más completo de la materia, ahora a la luz de la sentencia de la

(2) Cabe advertir que mediante voto 13910-2005, la Sala Constitucional replanteó su posición con respecto al sistema ordinario de contratación pública afirmando que, además de la licitación pública, igualmente la licitación por registro y la restringida, se conciben dentro de la óptica de concursos viables del constituyente, según el monto por erogar en cada caso.

misma Sala Constitucional, No. 13910-2005, de las 15:04 horas del 11 de octubre del 2005; en ésta se rescata el pensamiento de la Constituyente de que el procedimiento rector en contratación administrativa es la licitación pública, pero que ello no excluye como procedimientos ordinarios e igualmente validados por la norma suprema los de licitación por registro, restringida y la misma contratación directa (o el caso de la licitación abreviada que será la operante a partir de enero del 2007, según reforma hecha a la legislación, conforme se expuso líneas atrás).

Ahora, el artículo 182 de la Constitución Política afirma que los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo. Así, siendo la licitación el medio o instrumento ordenado para poder comprar o vender bienes o servicios, de esto deriva la aplicación de una serie de factores atinentes al tema que hemos citado.

En ese mismo sentido, y aquí es donde se encuentra buena parte del mérito en la labor constitucional, mismo que debe reconocerse, el alto tribunal sintetiza una serie de principios constitucionales aplicables a la contratación administrativa (Vid, particularmente los votos 998-98 y 14421-2004).

Todos los enunciados derivan de la palabra **licitación** que se encuentra en el artículo 182 de la Constitución Política. Estos son los siguientes:

- a. **Eficiencia y eficacia**, si se quiere, se podría afirmar que hasta el 17 de diciembre del 2004 es que la Sala Constitucional definió, con mayor tino, al menos uno de los dos principios rectores de la contratación pública.

Partimos de que el principio de legalidad cierra el círculo para que los poderes públicos no dejen de satisfacer el interés general que es el ámbito determinante para su actuación u omisión, incluso en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa donde se incorporan elementos subjetivos para tal satisfacción, sin que puedan ser nunca ilegítimos, injustos, ilógicos, desproporcionados o contrarios a los criterios unívocos de la ciencia y la técnica para cada circunstancia objetiva.

En el voto 14421-2004 –tan lúcido y oportuno– de la Sala Constitucional, por medio del cual se resolvió el recurso de amparo relacionado con el proceso de arrendamiento de las 600 mil líneas GSM del ICE, se obliga a los operadores jurídicos a leer con mayor tino los enunciados públicos, en beneficio de un interés supremo e invita a dejar el legalismo formalista que, en lugar de facilitar las cosas, puede comprometer gravemente el desarrollo de una nación a contrapelo de lo que la eficiencia y la eficacia exigirían.

El voto dicho comienza con una ejemplar lección al invocar los dos principios rectores antes señalados, extrañados en demasía en los procedimientos de contratación: *la eficiencia y la eficacia*. Es difícil asimilar y tener que soportar lo que a veces, lamentablemente, parece ser una idea ampliamente enraizada en la mente de cientos de servidores públicos al citar la legalidad, y lo que éste significa. La errada apreciación de la legalidad hace decidir cosas que afectan lo que persiguen los procedimientos de compra: la satisfacción plena y oportuna del interés general.

Ante las equívocas interpretaciones la Sala dicta cátedra: “...*los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, el cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general...*”, de ahí que los aspectos de forma no puedan transformarse, en definitiva, en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, y más cuando detrás de ello está la adaptación –ineludible– a las nuevas realidades socio-económicas y tecnológicas del país.

Los principios de eficiencia y eficacia obligan a sobreponer mandatos supremos dado que la legalidad constitucional, más que la letra de la ley, muchas veces ajena a la realidad social, ordena tutelar el interés general; sea, proteger un bien mayor como lo es la plena satisfacción de los ciudadanos que son, al final, los que directamente se favorecerán de la actuación eficiente de cada sujeto público.

En esto consiste una definición clara y acertada de los enunciados base de todo el sistema de contratación pública.

- b. Libre concurrencia**, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46

de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.

A lo anterior agregamos que *“...a partir de la referida hermenéutica restrictiva ha sido también posible derivar el sentido instrumental de la igualdad respecto de la concurrencia, puesto que, con base en ese marco interpretativo, los pliegos deben ser entendidos de modo tal que, frente a la alternativa que excluya al oferente de aquella que permita su participación en la selección, ante cualquier duda, debe prevalecer la admisión de la oferta, en tanto de esta manera se favorece la concurrencia”*.⁽³⁾

El fundamento social de la libertad en la concurrencia puede localizarse en la obligación estatal de optar por relaciones de justicia distributiva en todo aquello que le sea posible; siendo factible en los concursos públicos, pues, debe entonces realizarse. En esto se encuentra que la regla de las contrataciones sea la licitación pública pues, mediante ella, se garantiza una invitación abierta para que todos los oferentes interesados, proponga a la Administración Pública su plica.

A pesar de lo anterior la libre concurrencia puede verse afectado válidamente, en el caso costarricense, cuando se presente, por ejemplo, alguno de los supuestos del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa; en ese sentido, en casos donde un determinado bien o servicio solo lo pueda ofrecer un “único” proveedor, entonces, allí, puede contratarse directamente.

Y, lógico resulta afirmar con Cassagne que *“Al promover la concurrencia del mayor número de ofertas la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia) lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad...”*.⁽⁴⁾

(3) COMADIRA (Julio Rodolfo). *La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, S.A., Buenos Aires, 2000, p. 54.

(4) CASSAGNE (Juan Carlos). *El contrato administrativo*. Abeledo – Perrot, S.A., Buenos Aires, 1999, p. 43.

- c. **Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes**, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de **disposiciones legales o reglamentarias** con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental.

Agregamos que “...*pois nao pode haver procedimento selectivo com discriminacao entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes quilificados ou os desnivelem no julgamento...*”⁽⁵⁾ La igualdad, pues, es un principio que surge desde el llamado a licitación hasta que quede firme el acto de adjudicación; durante tal lapso, la licitante no puede redactar normas en el cartel que puedan obstruir, discriminar, beneficiar, favorecer, a un determinado oferente en detrimento, por ende, de los demás interesados.

Tal valor o principio comprende: –consideración de cada una de las ofertas en competencia con las otras, –sumisión a los plazos de previo establecidos para desarrollar el procedimiento; de haber modificación en ese sentido, debe ser bajo el respeto de los oferentes y sin menoscabar el derecho en estudio; –durante el estudio, la administración que licita está sujeta a la normativa cartelaria y la demás aplicable; –deben ser notificadas todas las actuaciones que aclaren, amén de los demás informes que se den dentro del procedimiento; –la consolidación del cartel, fenómeno propio del principio de seguridad jurídica, da confianza a las partes; –las ofertas no se abren hasta llegado el acto de apertura; –acceso a las diferentes actuaciones administrativas; – posibilidad de conocer lo que otros cotizaron y, ante el fracaso de una licitación, que se invite posterior a participar.⁽⁶⁾

(5) MEIRELLES (Hely Lopes). *Licitacao e contrato administrativo*. Revista Dos Tribunals, Brasil, 10ª edición, 1999, p. 25.

(6) Vid, en similar sentido: DROMI (José Roberto). *Licitación Pública*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2ª edición, 1995, p. 100.

- d. Publicidad**, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate.

El principio de publicidad se ve cumplido básicamente cuando el negocio en sí, es puesto en conocimiento de la colectividad (empresarios o potenciales oferentes) cuando se publica, sea en La Gaceta (es la regla) o en diarios de circulación nacional; lo que se publica es un resumen de lo que requiere la instancia que licita informando además, donde específicamente podría recabarse mayores datos sobre el particular. ¿Qué lógica está detrás del cumplimiento dicho?, pues, que *“El cartel está hecho para ser conocido por la mayor cantidad de personas que sea posible. De este modo, la publicidad de la compra tiene una de sus mayores expresiones por este medio”*⁽⁷⁾ en aras de que, entre más se informa sobre el concurso, mayor cantidad de ofertas (de precios) puede recibir la administración que licita y así, entre muchos, previo estudio conforme a las reglas fijadas, seleccione a la que se supone, le sabrá llenar o satisfacer el interés público perseguido. Entre más publicidad, mayor posible competencia, menores precios lo que no necesariamente es ir en detrimento de la calidad de lo que se ofrece.

El principio que nos ocupa puede ser llamado de igual manera como el *“llamado a licitación”*; es decir, el anuncio o invitación pública para que se acerquen a conocer la necesidad por satisfacer y, luego, formulen sus respectivas plicas los que realmente pueden ofrecer. Surte un efecto jurídico de seguridad una vez que se concreta el llamado: la imposibilidad de modificar las cláusulas salvo que, por acción recursiva o a gestión motivada de la Administración,⁽⁸⁾ se cambie el contenido

(7) SOLERA VÍQUEZ (José Antonio). *El cartel de la licitación*. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2001, p. 20.

(8) De suceder esto, la administración debe otorgar un tiempo razonable para que los oferentes conozcan la modificación realizada y replanteen sus propuestas.

adjetivo o sustancial de una determinada norma o grupo de normas. Publicado el anuncio hay aseguramiento de que no puede modificar al libre parecer las reglas que se fijan.

Nos dirá Cassagne en punto al anuncio que “Este... consiste en una invitación a presentar que traduce la voluntad de contratar de la Administración, sin que la formalización del llamado implique una ‘promesa de contrato’... habida cuenta de que no se trata de una relación jurídica regida por el derecho privado sino por el derecho administrativo, donde dicho anuncio constituye una de las etapas del proceso de formación de la voluntad administrativa”.⁽⁹⁾

e. Legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política. Este enunciado, pese así señalarlo la jurisprudencia constitucional, puede estudiarse separadamente; por un lado está el principio de legalidad constitucional y, por el otro, el de la debida transparencia.

El principio destacado, se resume en que, previo a la invitación, la administración puede hacer, modificar, eliminar, etc., y siempre conforme a su mejor criterio, una, varias o todas las cláusulas de un cartel; sin embargo, una vez que se hace la publicación (invitación), tal documento –sea, el cartel– pasa a ser regla o ley de partes –sinónimo propio de la doctrina francesa del cartel– y solo es viable modificarlo según los parámetros legales.

Esto mismo se puede explicar de la siguiente manera: *“Dentro del esquema normativo, señalábamos que el cartel es norma de rango legal. Si a ello sumamos que la Administración puede hacer solo aquello que las leyes le permiten expresamente, es decir, lo que llamamos principio de legalidad, tenemos que dentro de un concurso específico, el cartel encara aquel marco jurídico que limita el accionar de la entidad contratante. Es decir, dadas una especificaciones y requerimientos, propuesto un sistema de evaluación y unas normas de ejecución, no pueden cambiarse aquellas posteriormente en nada que pueda lesionar los intereses de cualquiera de los participantes en el concurso”*.⁽¹⁰⁾

(9) CASSAGNE (Juan Carlos). *Op. cit.*, p. 53.

(10) SOLERA VÍQUEZ (José Antonio). *Op. cit.*, p. 20.

Siendo que el principio en estudio se convierte en una proyección de garantía a favor de quienes podrían verse afectados, resulta, pues, importante dejar claro que esta legalidad no lo es por la mera legalidad como pareciera ser, más bien, el objetivo de éste se encuentra en que, bajo reglas claras de previo establecidas, se asegura (o por lo menos se busca asegurar) el recto obrar de los funcionarios públicos que al final de cuentas dirán a quien se adjudica. Lo anterior se relaciona a uno de los temas actuales más candentes en el Estado: la censura de quienes se comportan en contra de la ética pública.

Así, por el principio de legalidad se tutela que todos los funcionarios públicos sean coherentes en dar testimonio de buen servidor; principio de legalidad es el principio de la transparencia administrativa aplicado en todas y cada una de las diferentes actuaciones. Amén de que este valor rector, se relaciona íntimamente al principio de seguridad jurídica.

f. Seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación.

Tal y como lo reconoce la Sala Constitucional, este principio concuerda con el norte del principio de legalidad y transparencia; ciertamente, de aceptar a la subjetividad de los funcionarios encargados de las diferentes etapas del procedimiento, estaríamos aceptando la competencia por el mero afán de ganar un concurso haciendo uso de los recursos de la libre oferta y demanda en donde la calidad de lo que se ofrece se ve desterrado siendo la cacería de lo más barato, que no es necesariamente lo mejor; o lo más caro, que le aplica la misma posible consecuencia comprometiéndose la plena satisfacción del interés general y dando cabida a la posible presencia de la corrupción.

Concluyendo en este punto, citamos lo dicho por su Santidad Juan Pablo II: *"...la transparencia en la administración pública, la imparcialidad en el servicio de la cosa pública... el uso justo y honesto del dinero públicos son principios que tienen su base fundamental en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas del funcionamiento de los Estados..."*⁽¹¹⁾

(11) Juan Pablo II, citado por DROMI (José Roberto). *Op. cit.*, p. 104.

g. Formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia.

El formalismo no debe ser relacionado con la obstaculización de la eficiencia de la Administración Pública cuando se le pretende aplicar; más bien, el principio permite que cada etapa del procedimiento se lleve a cabo en estricto apego a lo que disponen las reglas establecidas.

Tal principio contiene en sí tres postulados: a) la oficialidad, b) el informalismo y c) la eficacia.⁽¹²⁾ Sobre el primero de ellos, debemos decir que éste se impone a la autoridad administrativa, en razón de la efectiva tutela o resguardo del interés general; es el deber de dirigir e impulsar el procedimiento y de ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión fáctica que se plantea. En punto al segundo, se trata del olvido ante la presencia de un norte superior a favor del interesado, de la observancia de exigencias formales no esenciales y que se pueden cumplir posteriormente; citemos un caso: la posibilidad de que un determinado oferente presente días después a la apertura de plicas documentos que viene a acreditar un elemento histórico alcanzado, eso sí, antes, incluso, de la fecha de apertura dicha (verbigracia: acreditación de experiencia).

Tal principio pide aplicarlo e interpretarlo a favor de los participantes ya que traduce la regla jurídica del *in dubio pro actione*, es decir, la interpretación de la regla más favorable al ejercicio del derecho de acción para que se asegure en todo lo posible lo sustantivo de frente a elementos, sí, a cumplir, pero que no dejan de ser formales. De esta manera, excluir a un determinado oferente invocando faltas adjetivas por lo menos en el caso costarricense no puede ser de recibo; más bien, ante la falta, nace una obligación administrativa de aplicar el principio formulando prevención en aras de que el que incumple, se ponga a regla.

Finalmente, en relación con la eficacia, es dable pensar que la administración que licita se le impone la aplicación de los principios de

(12) Nótese en este particular que este principio es visto por la jurisprudencia o la doctrina como uno derivado de otro enunciado o como uno con autonomía propia; en ningún escenario perdería la claridad de su cometido.

celeridad, sencillez y economía procesal. El celo de la Administración Pública debe ubicarse exclusivamente en la comprobación de que quienes le cotizan cumplan con los elementos sustanciales del cartel, siendo superable aquellas omisiones técnicas o los elementos dignos de una mera aclaración. Tal cuestión deriva de la propia lógica de los concursos públicos: adjudicar el negocio a quien mejor pueda responder a una necesidad apegada al interés público, pero lo antes posible por cuanto si hay necesidad, debe haber respuesta efectiva pero pronta; no retarda ya que, a la larga, cuando llegue a presentarse lo comprado, puede ser demasiado tarde; la lesión al interés público se habría concretado y la oficiosidad, la sencillez, la eficiencia, la economía procesal, seguirían siendo principios en abstracto.

h. Equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste.

Más que tener al frente al soberano Estado contratando, la relación que se genera entre sujetos público y sujeto privado, debe partir de una paridad de intereses; así, mientras el Estado desea satisfacer una necesidad pública, por el otro lado, tenemos a un sujeto que si bien busca cierto lucro, también, colabora en que la administración alcance su objetivo final. No se trata de aplicar potestades de imperio sin tomar en consideración a la contraparte, en la relación, debe existir un mutuo entendimiento que permita a ambos sujetos, concluir su función en el trabajo pactado de la mejor manera.

i. Principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro.

De entrada, partimos de la actuación de buena fe de las partes y, lo contrario, debe ser demostrado. Tal principio *“constituye una regla de conducta a que han de ajustarse todas las personas en sus respectivas relaciones. Lo que significa, como dice DIEZ – PICAZO: “que debe adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y que deben también comportarse lealmente en el*

desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones deben cumplirse de buena fe".⁽¹³⁾

Desde luego que este principio de une al dicho líneas atrás: transparencia donde, se enfatiza que con los funcionarios públicos, y añadimos, las mismas partes interesadas en adquirir el negocio, las que, desde las primeras de las etapas, hasta su conclusión, las que deben actuar en estricto apego a principios éticos básicos siendo claro que, detrás de cada procedimiento, están de por medio fondos o recursos públicos.

j. Mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar.

Tal principio nace de las propia caracterización de la administración en punto a lo que se denomina potestades de imperio o hecho del príncipe en el sentido, para este caso, de que siempre tendrá a su favor un sector de la normativa aplicable en aras de modificar los términos iniciales con que pactó; empero, debemos ser enfáticos en decir que si hay límite a ese principio de la mutabilidad, esto es, que al decidirse su aplicación, sea para disminuir o aumentar el objeto pactado, sea para variar determinadas cláusulas, en fin, en cada acto de decisión en tal norte, debe obrarse conforme a los principios de la lógica, la razonabilidad, la conveniencia y la justicia, o como se podría resumir, en que, con su actuación, se garantiza tutela al interés público.

k. Intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y

(13) GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999, 30.

cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato).

Cierta parte de la doctrina denomina a este principio como “reajuste de precios” empero, al ser más que eso, pareciera que el nombre del principio: “intangibilidad patrimonial” es más apropiado.

Cuando el contratista estima su precio y lo hace manifiesto en su oferta, lo hace teniendo en cuenta la situación económico – financiera existente al momento de presentar la plica; sin embargo, tal cuestión puede verse alterada por causas imputables, en su presencia, a la Administración o, por otras ajenas a su voluntad, y que, tanto la una como la otra, vienen a modificar el equilibrio económico otrora previsto. Le resguardo en el pago real del contratista es lo que la Constitución tutela a favor de quien, por lo dicho, podría ver cercenado su derecho al equilibrio.

I. Control de los procedimientos, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, la verificación de los siguientes controles:

El jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos;

El contable, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante;

El financiero, que consiste en la fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia

de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y,

El control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional.

Los anteriores son algunos de los enunciados de orden constitucional más importantes a observar en los procedimientos de contratación administrativa⁽¹⁴⁾ que, asimismo, deben entenderse ligados

(14) En el caso de Colombia, se tiene que algunos de los principios rectores de la materia son: “**Transparencia:** se establece que la generalidad de la contratación estatal debe hacerse mediante licitación o concurso públicos (referido a personas a contratar), los cuales son procedimientos diseñados para que el acto de contratar con el Estado, sea accesible a toda persona natural o jurídica que se considere con las capacidades necesarias para cumplir con el objeto de un determinado contrato. / Con ello se ha pretendido evitar que la contratación pública se convierta en un negocio de unos pocos, que por cuenta de vínculos preferenciales (amistad, parentesco, intereses comerciales, entre otros) con círculos de poder en el Estado, obtengan contratos para los cuales no necesariamente cuentan con la capacidad requerida y que de otra manera hubieran podido ser desarrollados más eficientemente por otros contratistas. / Se busca entonces, tener el mayor número de opciones en igualdad de oportunidades, a partir de las cuales se pueda escoger la mejor de acuerdo con los intereses del Estado, sin atender a consideraciones de otro estilo. / El hecho de consagrar el proceso como algo público, implica que la contratación del Estado está sometida al control social, conforme a la veeduría que cualquier ciudadano puede hacer para contribuir con la buena administración de los recursos públicos. / La existencia de determinados contratos como los mencionados anteriormente, que no pueden ser desarrollados a través del procedimiento licitatorio, no implica que éstos puedan obviar la transparencia como uno de los principios rectores. / **Economía:** este principio tiene varias dimensiones desde las cuales debe ser abordado. En primer lugar se invita a la necesaria eficiencia en el manejo de los recursos estatales, ya que por la naturaleza pública de los mismos, éstos no se pueden dilapidar. / De igual manera el principio de economía pretende aminorar

a los que sean de probidad. Sea, las compras estatales, y los principios que las rigen, y por la presencia misma de personas que son funcionarios públicos, deben comprenderse bajo la inteligencia de una esfera ética o moral en las actuaciones públicas.

En esto, a mayor abundamiento, importa determinar que la ética, que es parte del concepto amplio de probidad, se liga a lo que comprendamos por moral, siendo que por tal término entendemos el conjunto de normas de conducta establecido por la mutua convivencia entre los hombres, o la ciencia de las costumbres sociales. Esto hace que el uso léxico frecuente y común ha generalizado que este término se use como un sinónimo de ética, la cual se concibe como ciencia de las costumbres, aunque puede llegarse a dos definiciones más técnicas

los costos de la contratación, mediante la utilización de los procedimientos mínimos o esenciales para el desarrollo del proceso contractual, con el fin de evitar trámites innecesarios que fuera de su costo, también incentivan prácticas corruptas. / Se busca entonces, facilitar el acceso de la mayor cantidad de competidores eliminando las posibles “barreras” que impidan la participación de la mayor cantidad de posibles contratistas. / En dicho sentido la ley estableció que se deben acatar los procedimientos que son específicamente consignados en el estatuto contractual, los cuales a su vez deben estar claramente expresados para evitar que los posibles contratistas cometan errores de forma. Es preciso anotar que la publicación de los pliegos de condiciones y términos de referencia vía Internet, es un medio que facilita la difusión de la información a bajo costo para la administración pública (...). Cabe anotar que dentro de dichos recursos se deben incluir montos para cubrir imprevistos o ajustes económicos al contrato, entre otros eventos. / Siguiendo con la línea de protección al patrimonio público, está la inclusión de estudios y análisis previos que sustenten la necesidad de realizar contratar determinado bien o servicio, con lo cual se pretende evitar el despilfarro de los recursos públicos y priorizar la utilización de los mismos. / Por otra parte, para proteger al Estado del incumplimiento de contratista, la ley determinó que es obligación de este último suministrar una póliza de garantía que cubra al Estado del incumplimiento en lo ofrecido en la propuesta al Estado y de las obligaciones derivadas del contrato hasta su liquidación, por el tiempo en el cual los efectos del contrato se prolonguen al futuro. / Se establece que observando el principio de economía, se adelanten las acciones tendientes a desarrollar el proceso contractual, “en austeridad de tiempo, medios y gastos” (...). Cabe anotar, que de no haber justificación para que en una propuesta se ubique por fuera del umbral de precios que determina dicho sistema, la entidad puede descalificar por esta razón a

en la semántica, a saber: la parte de la filosofía que trata sobre moral y sobre las obligaciones del hombre, o bien el *“desempeño de una profesión o trabajo con altura en el ejercicio específico, sin obsesión especulativa o mercantilista y dispuesto a los sacrificios que imponga el servicio de los demás”*. Moral y ética, para efectos prácticos, significarán lo mismo, además de que estos términos se deben entender inmersos dentro del amplio concepto de probidad dispuesto, de manera específica, en el ordinal 3 de la Ley anticorrupción.⁽¹⁵⁾

Por tanto, a estas alturas, surge una pregunta debida: ¿Qué es probidad? ¿Cómo se entiende su aplicación en caso de las compras estatales?

Pues bueno, no es tarea fácil ubicar un solo concepto, que sea integrador, de lo que es probidad. No necesariamente lo probo para una persona lo tiene que ser para la otra. Eso sí pareciera existir alguna aceptación generalizada de ciertos valores, cánones éticos o morales, o principios de probidad, aceptados –y pedidos– por la sociedad. Podríamos hablarse así de un marco de mínimos de probidad.

los oferentes que presenten dicha situación. Así mismo, declarar desierto el proceso. / **Responsabilidad:** con la inclusión de este principio, se busca atacar de frente la inexistencia de funcionarios responsables de la contratación en las entidades públicas, lo cual sin duda se convierte en un incentivo para efectuar prácticas corruptas al no haber posibilidades de sanción. Desde la expedición de esta ley, la función de contratar quedó en cabeza del jefe o representante legal de la entidad que contrata, el cual puede delegarla pero en personal de índole ejecutivo. / Se reitera la obligación de los servidores públicos, de proteger en todo momento del proceso contractual los intereses del Estado, sin actuar en contra del contratista o de terceros. Se materializa lo anterior, en las sanciones que tienen los servidores públicos que siendo responsables de la contratación, no adelantan los estudios previos que justifiquen el objeto a contratar o cuando la información suministrada como los pliegos de condiciones o términos de referencia, son confusos. / Pero la responsabilidad no sólo se establece para los servidores del Estado, ya que el contratista es responsable por la veracidad de la información que da a la entidad estatal en su propuesta y por la buena calidad de los bienes o servicios prestados al Estado.

(Vid, <http://www.transparencia.gov.co/guias/contratacion.asp> (citado el 2 de mayo del 2005).

(15) Nos referimos con tal nombre a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley No. 8422.

Ese mínimo de probidad bien podría dirigirnos a pensar que una persona proba: –se reconocerá a sí mismo y al mundo que lo rodea; sabrá distinguir el bien que debe hacerse y el mal que debe evitarse; –buscará lo justo; será reflexiva de las cosas; hará las cosas a conciencia, sea que ha sido hecho bien pensado; –buscará ecuanimidad, serenidad en el juicio, imparcialidad; será bondadosa; –mostrará rectitud; –actuará con honestidad; decencia y buen comportamiento; –será recatada; –será decorosa y modesta; –tendrá la virtud que exige dar a cada uno lo que le pertenece.

La probidad será, pues, el grupo de valores, principios o enunciados de arraigo interno y personal, de tinte ético y moral, que guiarán las acciones de cada persona; probidad será asimismo, el grupo de valores o mandatos mínimos que exige la sociedad sea mediante acuerdo implícito o disposición legal.

De ello surge que tenemos por tanto dos tipos de compromisos: el que realiza por sí sola la persona como tal, y el que se hace en relación con la sociedad porque se es funcionario público, siendo que en esto segundo cabe mayor exigencia porque hay deberes con respecto al entorno.

De seguido nos proponemos explicar en detalle, sin agotar sus posibles alcances, el art. 3 de la Ley anticorrupción que regula el deber de probidad, mismo que dicta pautas de comportamiento en todo servidor público, y que para el caso, aplican a quienes desarrollan procesos de contratación administrativa. Tal numeral realmente lo que regula es una especie de **parámetros** a tener en cuenta en la conducta que se despliega. Repasemos el artículo en mención:

*“Art. 3 – **Deber de probidad.** El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente”.*

El reglamento a la Ley, por su parte señala:

“–Deber de probidad: Es la obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones:

- a) *Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igual para los habitantes de la República;*
- b) *Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley;*
- c) *Asegurar de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña.*
- d) *Administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.*
- e) *Rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio o salario por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, en el país o fuera de él.*
- f) *Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establece en la Ley Orgánica de Poder Judicial y en el Código Procesal Civil.*
- g) *Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público”.*⁽¹⁶⁾

Los parámetros, a modo de decálogo, serían los siguientes:⁽¹⁷⁾

1. *Pro interés público.* Aunque la Administración Pública se conforma de personas que en su esfera individual poseen sus propios intereses, sucede que en el ejercicio de lo público, sea por elección popular, investidura, nombramiento o por acontecer el servidor de hecho, todos, sin reservas, deben, sobre cualquier otro tipo de interés, favorecer el de la colectividad o el del país. No hay otra razón de ser: el Estado (cada funcionario público) debe buscar satisfacer el interés público.

(16) Vid, Decreto Ejecutivo 32333-MP-J, publicado en La Gaceta No. 82, Alcance No. 11 del 29 de abril del 2005.

(17) Para esto se puede ver artículo de opinión del autor publicado en La Prensa Libre del miércoles 6 de julio del 2005.

2. *Pro planificación.* La Administración, y por ende, todo funcionario público, debe hacer suyos los imperativos que en materia de planificación instruye, primordialmente, la Ley de administración financiera de la República y presupuestos públicos. Saber planificar a partir de objetivos e indicadores alcanzables, más que una posibilidad, es una obligación. La planificación involucra un proceso interno institucional y de amplia participación; esto debe ir de la mano, en lo posible, con el Plan nacional de desarrollo y lo que por la participación ciudadana se pueda alcanzar en pro de municipios, descentralizadas, entre otros. Las compras estatales es, privilegiadamente, de los procesos de gestión pública más urgentes de una correcta planificación.
3. *Pro rectitud.* Tal enunciado se nutre de una esfera ética plena de comportamiento. Honradez, transparencia, respeto, responsabilidad, entre otros, son, todos ellos, parte del espejo que debe mirar y proyectar con el ejemplo cada servidor público. La excusa tan inútil y denigrante o absurda e insultante de que la “corrupción” –entendida aquí como la comisión de actos contrarios a la ética y a la ley– es tan normal y que, por ello, debe ser aceptada, no tiene cabida.
4. *Pro buena fe.* Todo comportamiento, toda relación entre los funcionarios públicos y entre éstos y los ciudadanos, debe partir de la buena fe. Ello significa que siempre se llegará al funcionario público para que éste realice un acto acorde con la ley, cumpliendo fielmente con los requisitos que previamente hayan sido establecidos. Particularmente la buena fe tiene es importante en las relaciones de la administración con los oferentes y proveedores.
5. *Pro objetividad.* Siendo que el servidor público solo puede actuar en pro del interés público, no puede, jamás, tener cabida otra razón, completa o parcial, para decidir cuestiones públicas; es decir, no es válido invocar un interés diferente al de la Nación; con especial relevancia, el dictado de una adjudicación debe hallar respaldo en estudios objetivos que muestran al más idóneo de los proponentes.
6. *Pro legalidad constitucional.* La letra y principios de orden constitucional son el límite de actuación de todo servidor del

Estado. Una actuación fuera de esto estará sin sustento y podría conllevar a la sanción pública por la comisión de un “fraude de ley”.⁽¹⁸⁾

7. *Pro eficiencia y eficacia.* La gestión pública debe maximizar los resultados ante la escasez de fondos y recursos; los objetivos de trabajo deben cumplirse al menor costo posible. Además, la eficacia es el mandato que busca adecuar y concretizar las políticas públicas, así como el cumplimiento de los objetivos y metas.
8. *Pro rendición de cuentas.* Ya lo dice claramente la Constitución, “La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes”; tal examen se debe hacer de cara al pueblo, a la propia institución en la que se presta el servicio y a los órganos de control.
9. *Pro rechazo de actos de corrupción.* Todo servidor estatal debe rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de cualquier otro sujeto diferente a su patrono, en razón del cumplimiento de sus labores o con ocasión de éstas.
10. *Pro liderazgo.* Las demás personas, sean familiares, amigos, conocidos, compañeros de trabajo, etc., deben observar en cada funcionario público, un modelo de vida que vale la pena imitar. Vale mostrar siempre honestidad y probidad; sea una conducta enteramente intachable.

Ya fuera de los alcances del deber de probidad de la Ley anticorrupción, igual pueden hallar sustento en él los siguientes imperativos:⁽¹⁹⁾

(18) Vid, art. 5 de la Ley anticorrupción.

(19) En cuanto a estos y otros principios éticos, pueden tenerse en cuenta las “Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República y servidores públicos en general”. La Gaceta No. 228, del lunes 22 de noviembre del 2004.

- a) *Pro igualdad*: el funcionario público debe hacer suyo tal principio de derechos humanos que exige tratar a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. No es posible una conducta pública que haga distinciones.
- b) *Pro regularidad*: el servidor estatal ha de cerciorarse, cuando le compete, de que las operaciones y actos administrativos queden asentados, de manera correcta, en registros confiables financieros, presupuestarios, entre otras clases de archivos.
- c) *Pro austeridad*: la asignación, adquisición, conservación e inversión de los recursos y fondos públicos, deben orientarse a la satisfacción plena del interés público, según el mandato del Estado Social de Derecho, y al uso racional de éstos.
- d) *Pro transparencia*: la rendición de cuentas obliga a que el ejercicio del poder –y el cumplimiento de las funciones públicas asignadas– se haga de cara a los administrados; el funcionario público debe promover incluso el examen de rendición de cuentas, como instrumento idóneo para la transparencia.
- e) *Pro lealtad*: todo acto o conducta pública debe alcanzarse en función del país, la democracia, el bien común, la libertad, la justicia, la responsabilidad y la probidad.
- f) *Pro responsabilidad*: todo funcionario público debe responder, de frente al país y a los órganos de control, investigación y sanción, por sus faltas desde los ámbitos ético, disciplinario, civil, político y penal. También exige que el funcionario mantenga sus promesas, cumpliendo con sus obligaciones y no justificando un incumplimiento o rehuir una responsabilidad.
- g) *Pro integridad*: Los actos del funcionario público deben estar alejados de buscar beneficios en lo personal, familiar o para sus amigos. Asimismo se puede comprender como el reto constante en el servidor público de defender sus creencias y valores, rechazando la hipocresía y falta de escrúpulos; y no adoptar ni defender la filosofía de que el fin justifica los medios.
- h) *Pro honestidad*: todo interés diferente al público, que pudiese ocasionar un conflicto de intereses, debe ser declarado por el funcionario público. De inmediato debe detenerse aquel actuar

que potencialmente pueda comprometer la recta honestidad. Igual puede entenderse como ese deseo de aprender a conocer las debilidades y limitaciones y dedicar tiempo para tratar de superarlas, solicitando consejo de compañeros de mayor experiencia.

- i) *Pro ecuanimidad*: ordenanza de ser imparcial, justo y ofrecer trato igual a los demás; tener mente abierta, aceptar los cambios y admitir los errores cuando maduramente se acepta la equivocación.
- j) *Pro dedicación*: petitoria de estar dispuesto a entregarse sin condición al cumplimiento del deber, siempre con atención, amabilidad, cortesía y servicio.
- k) *Pro solidaridad*: en las interacciones sociales, es debido el auxilio y colaboración entre los mismos compañeros o resto de funcionarios públicos.

Todos estos preceptos, que en lo absoluto buscan establecer un solo listado, deben ser observados por los funcionarios públicos, salvaguardando así el sano ejercicio de la función estatal. Nótese en los preceptos un claro sentido de amplitud al incorporar dentro del término ***probidad***, una serie de parámetros de correcta gestión pública. Esto nos parece justificable desde la óptica de buen gobierno, donde todo servidor es parte de un engranaje, ordenado a ser eficiente y eficaz en lo que hace, a mostrar mística, a ser agente provocador de cambios y mostrar rectitud, integridad, en suma, probidad.

Finalmente, recordemos que el artículo 13, inciso a) de la Ley General de Control Interno dispone como deber de los jefes y titulares subordinados: “*a) Mantener y demostrar integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, así como contribuir con su liderazgo y sus acciones a promoverlos en el resto de la organización, para el cumplimiento efectivo por parte de los demás funcionarios*”, lo que significa que la exigencia de integridad y valores éticos involucra a todo servidor público.

3. CORRUPCIÓN, UN BREVE ACERCAMIENTO AL PROBLEMA

Parafraseando a Verbitsky, debemos manifestar que lo nuevo no es la corrupción sino el debate sobre ella; esto dentro de un universo en donde se conjugan factores internos y externos en las personas, tal

y como en 1946 lo hacía ver Mohandas Gandhi: *“Es difícil pero no imposible conducir estrictamente los negocios de forma honesta”*. Así, los negocios, en nuestro caso los que se realizan con el Estado, son parte del diario quehacer; en éstos el elemento humano está presente dado que personas, con valores, lo son los servidores públicos y los empresarios o proveedores de bienes y servicios.

Entonces, la corrupción se vincula a la parte ética de las personas, más que a las instituciones, dado que éstas, en su realidad, son organizaciones compuestas por servidores y servidoras de la sociedad. La corrupción –no es un secreto– viene amenazando seriamente el funcionamiento y la credibilidad de las democracias y debilita peligrosamente la legitimidad de aquellos sistemas presuntamente consolidados. Un Estado con tal verdad no puede permanecer, menos justificarse, por mucho tiempo.

Mientras el pueblo crea en el sistema, confíe en él, y deposite el poder originario en sus autoridades o representantes, bien podemos estimar que una Nación existe y se prolongará por más tiempo. Pero, en cambio, cuando se den signos opuestos, del todo negativos a los intereses de la colectividad, allí sí habrá de que preocuparse.

La ausencia de ética en la función pública se traduce en corrupción de los funcionarios y con ello se deslegitima el sistema político.

Richelieu decía que *“Aprobar una ley y no hacerla cumplir, equivale a autorizar lo que se pretende prohibir”*. En ese pensamiento yace muchas veces la impotencia de los mismos órganos de control; esto en punto a detectar actos concretos que merecen castigo, pero, una vez realizado todo el procedimiento de investigación, surge una especie de frustración porque, por falta de pruebas, o de poder ligar directamente a los infractores (porque lo son) con las cosas que suceden, o porque no se cuenta con herramientas sofisticadas en el campo de la auditoría forense, sencillamente el corruptor y las corruptelas organizadas, pueden más o, en otras palabras, ganan la batalla.

La lógica de la Constitución es que los asuntos sometidos a los tribunales de justicia o a los órganos administrativos, sean resueltos prontamente. Sin justicia oportuna la misma democracia queda falseada. Por ello es que impunidad es la privación del derecho a la justicia.

En este orden de cosas, se tiene que en el informe del Estado de la Nación de 1998 se afirmó, como crítica a las formalidades de los procedimientos, que estos son excesivamente suaves –56% de criterio apoya esta tesis–. Así, surge la inquietud de si, en efecto, se tiene el mejor sistema normativo para sancionar a los infractores o, acaso, se ha venido consolidando un impedimento estructural que impide el castigo disciplinario, civil o penal, lo que genera la impunidad.

La impunidad es la inexistencia –de hecho y de derecho– de responsabilidad por parte de los que han abusado de la función pública, esto aplicable del todo a la contratación pública que es el tema de nuestro interés. El sistema algunas veces parece premiar la conducta incorrecta por la misma ley existente. Por ejemplo, hay impunidad vía ley cuando se le dice a un fulano que su conducta irregular –llámese peculado o haber ejecutado un contrato sin el refrendo contralor– prescribió. Pero advertimos que el problema no está en el instituto de la prescripción en el cual creemos por razones de seguridad jurídica, sino en la inercia que usualmente se observa en ciertas instancias públicas. La impunidad rompe el pensamiento constitucional de allegar la justicia para el que la reclama. El Estado la reclama; la hacienda pública –cuando se le afecta– en los procedimientos de contratación pública la reclama; los ciudadanos y ciudadanas la reclaman.

La transparencia es un aspecto clave en la administración pública dentro del tópico de las contrataciones que es el que nos interesa; las instituciones tienen una responsabilidad legal y moral de informar periódicamente sobre sus actuaciones. El principio esencial que debe mantenerse es que el negocio público debe ser transparente, no importa cómo los jercas, juntas directivas o consejos de administración, utilicen la información.

En esta línea, merece importancia rescatar lo que para el Auditor General de Canadá es la transparencia. Él señala que la transparencia permite a los rayos de la luz entrar en el inner sancta del gobierno, de forma tal que puede tener un efecto de “sanación” de la administración del interés público. La práctica de la transparencia puede ser el antídoto correcto contra la corrupción en las compras estatales.

Este documento tiene como norte, además de dialogar en punto a la contratación pública y cómo la corrupción le afecta, el de promover

una especie de reflexión en sus lectores; esto porque como decía José María Espinás Masip, *“Siempre ha sido (...), la denuncia del mal, un trámite indispensable para que se logre el bien”*.⁽²⁰⁾

Ahora, en materia de definiciones podemos asumir la corrupción como el uso del poder, por parte del funcionario público, para su beneficio mundial; empero ello deja de lado el enorme universo de los sujetos privados que, en mayor o menor medida, cometen actos de corrupción que inciden directa o indirectamente en lo público. Por otro lado, corrupción podría ser la inobservancia de la legislación que, lejos de aplicar el Derecho, se convierten en infractores del sistema. Este concepto sería sano en el tanto la legislación no sea corrupta. Sea, podría resultar que la misma letra de la ley favorece la comisión de actos de corrupción.

Una acepción un tanto más llana y si se quiere completa, la dio Naciones Unidas en 1997, así: *“La corrupción significa el abuso de la confianza pública con fines privados. Es un fenómeno moral, aunque haya dinero involucrado en la gran mayoría de los casos. Se utiliza un cargo público para beneficio de uno o más individuos en vez de un interés nacional. La corrupción puede existir independientemente del beneficio financiero; es universal y multiforme”*.⁽²¹⁾

La corrupción se da en un funcionario público en un cargo de poder con responsabilidades, cuando es remunerado con dinero u otros recursos no obtenidos legalmente; es decir, inducido a tomar decisiones que benefician a quien administra la remuneración, siendo que con esto se afecta negativamente los intereses públicos, y la misma ética y transparencia.

La preocupación por consolidar sistemas de contratación pública que sean transparentes,⁽²²⁾ eficientes y eficaces, amén de consagrar la

(20) Periódico *El País*; Sección Opinión, Junio del 2000.

(21) Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. Resolución adoptada el 27 de junio de 1997, p. 27.

(22) En el caso del Sistema Anticorrupción del Ecuador, merece especial atención lo que en 2003, el Gobierno de tal lugar dispuso vía decreto para paliar el flagelo dentro de la contrataciones públicas; así,

igualdad, nos parece que ha sido compartida por países y gobiernos en general; lo que resta credibilidad a esa idea es que, en la praxis, rara vez se comulga con las palabras.

En el caso nacional podemos señalar algunos aspectos de sumo interés: a) existe un marco legal que regula, en lo primordial, la materia; sea la existencia de la Ley de contratación administrativa. Empero, en la realidad pública se han dado serias evidencias de que la legislación es insuficiente, esto porque no se liga con otros ordenamientos de control, deja lagunas, sobretodo en control posterior, por lo que no se previene la comisión de actos de corrupción, y se deja, entre otros, muchas conductas sin sanción clara y contundente sobre el funcionario público –o el sujeto privado– que falta a la ética; aspecto éste que bien podría enmendarse, tal vez, con la promulgación de un código de conducta aplicable a todo servidor público y que, para evitar el arbitrio, estipule, ante cada falta, el tipo de sanción que corresponde.

Por otro lado, las administraciones públicas deberían abarcar dentro de sus funciones y alcances, la lucha anticorrupción que incluye,

“MEDIDAS INMEDIATAS PARA ERRADICAR LA CORRUPCION / En la Contratación Pública / Art. 2.- Sistema informático para transparentar la contratación pública... / Todos los organismos y dependencias... publicarán por medios electrónicos las convocatorias para el concurso de ofertas y/o licitaciones previas a la selección de contratistas, así como los documentos precontractuales y demás documentación del proceso. /...dicha publicación se realizará además a través del sitio web, habilitado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción para el efecto”. / Art. 5.- Publicación de Registro de Contratistas y precios de bienes y servicios.- Dispónese que los órganos y dependencias... publiquen anualmente por medios electrónicos los respectivos registros de contratistas calificados y los requisitos para su inscripción. / El Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos publicará por medios electrónicos los precios unitarios de los bienes y servicios sobre los que disponga información”. / Art. 6.- Pactos de integridad.- Dispónese que la Secretaría General de la Administración Pública promueva en los organismos y dependencias... la celebración de pactos de integridad con el objeto de combatir la corrupción en la contratación pública, muy especial en aquella que implica la delegación al sector privado de servicios y obras públicas. / Por pactos de integridad se entiende los acuerdos voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación con recursos públicos, para fortalecer la transparencia, la equidad y la probidad de la modalidad contractual escogida”.

eso debería de ser así, el control de la gestión de los recursos públicos. Dentro de ello yace la aplicación de la eficiencia y eficacia del gasto público proyectado que en todo éste sea de calidad ante la verdad de unas finanzas públicas paupérrimas.

Asimismo, el tema de la participación ciudadana en el control de los recursos públicos, sea el uso de la hacienda pública, es importante para consolidar la transparencia total a la que nos invita la misma letra de la Constitución de modo directo en la necesaria rendición de cuentas de todo servidor público. La participación ciudadana exhorta a la transparencia en los procedimientos de contratación administrativa.

Igualmente, y no siendo menos importante, el Estado, como tal, debe procurar la abundancia de políticas y programas públicos que busquen entender la corrupción, prevenirla, analizarla y enfrentarla; esto último con la presencia de personal idóneo, sea de recursos humanos bien calificados, capaces de conducir procesos de contratación de modo transparente y equitativo.

Concluimos este aparte señalando, como preámbulo al siguiente capítulo, lo que en 2001 Transparencia Internacional de Costa Rica, indicó sobre el tema de interés:

“El problema de la corrupción es hoy día un asunto de primordial interés no solamente en Costa Rica, sino también en todos los países. La corrupción debilita la democracia, socava la legitimidad de los gobiernos e instituciones, y afecta directamente las actitudes sociales y la credibilidad en la democracia. Uno de los impactos más serios que se ha venido detectando es una afectación directa en los valores humanos. Al afirmar esto estamos pensando en que al evidenciarse un acto de corrupción en que son afectados los bienes públicos, se desarrolla como consecuencia inmediata una actitud de desconfianza contra los políticos, contra el sistema administrativo, contra el Estado, contra la democracia. Pero talvez más grave aún, esa debilidad ha creado la costumbre entre los administrados de creer necesario integrarse a las acciones corruptas, lo que, al pasar los años y no condenarse a los culpables, al prevalecer la impunidad, genera antivaleores.

Desde un punto de vista económico, se afirma que la corrupción afecta el desarrollo económico, reduciendo los incentivos para invertir (tanto para el sector privado nacional como extranjero), la calidad de la infraestructura y los servicios, disminuye el ingreso por tributos, y se facilita que gente preparada se dedique a actividades que no son productivas. Se calcula que un país que mejore los estándares de control

de la corrupción, digamos de un 6 a un 8 (siendo 0 el más corrupto y 10 el menos), experimentará un incremento porcentual de un 4% en inversión, y un 0.5% de incremento anual per cápita en el desarrollo del PIB".⁽²³⁾

Con lo hasta aquí dicho, conviene, ahora, analizar el tema de la contratación pública y la corrupción desde un ámbito de implicaciones y correlaciones.

4. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN; IMPLICACIONES Y CORRELACIONES

Hemos querido afirmar líneas atrás que los contratos públicos son parte cotidiana del quehacer estatal. De la celebración de los contratos depende la consecución de bienes o servicios para satisfacer las demandas sociales –plena satisfacción del interés público– de cada institución pública; esto dentro de un Estado Constitucional y Democrático cuya ideología parte de la cuestión social.

Mientras el Estado persigue el logro del interés público, del otro lado, sea de la acera de los contratistas, se proyecta la satisfacción de un interés basado en el lucro –esto es lo clásico, conforme al equilibrio de intereses de la materia–.

En lo operacional se sabe que el Estado regularmente aparece como la parte fuerte y dominante del contrato –según las potestades de imperio–, ya que se logra convocar a una gran cantidad de proveedores –sobre todo cuando se realiza una licitación pública–, todos en clara competencia, pudiendo elegirse, y exigir, buen precio y calidad.

Empero, es bien sabido que la corrupción adopta múltiples formas; así la mal e incorrecta aplicada burocracia en las gestiones de compras públicas de menor cuantía, la posible corrupción en los sujetos de control, la del sistema judicial, la corrupción del proceso electoral o la misma corrupción de la ley cuando ella es foco que la propicia, son, todos éstos, claros ejemplos del flagelo.

(23) Transparencia Internacional sede Costa Rica; Taller sobre mapeo de riesgos en contratación pública: el caso de las carreteras, diciembre del 2001.

De los casos o tipos, la corrupción más amplia y hasta sin vergüenza en nuestros días, es la relacionada con las compras públicas. Entre las causas primordiales está la gran cantidad de miles de millones que hay de por medio. En números, para dejar más claro el punto, se tiene que los presupuestos para bienes y servicios no personales del 2001 al 2004 en Costa Rica han sido de: 2001: ₡135.954,9; 2002: ₡133.381,0; 2003: ₡143.076,1 y 2004: ₡144.681,5.⁽²⁴⁾ En ese sentido, la razón en materia de dineros públicos que hay de por medio es obvia.

Ergo, las sumas totales como las de los contratos particulares son inmensas y ofrecen oportunidades igualmente grandes de sobornos, dádivas, comisiones ilegales, entre otros. La tentación se comprende porque la mayor parte de las veces, la “mordida” que da el potencial adjudicatario bien podría exceder el sueldo total de toda la vida laboral de una determinada persona, quien es servidor de la hacienda pública.

Es causa de conocimiento internacional que los objetos o focos de corrupción más “acariciados” yacen en los que versan sobre obras públicas –aeropuertos, represas, carreteras, concesiones públicas, concesiones de servicios públicos, venta de medicamentos y la adquisición de aspectos relacionados con las telecomunicaciones–. Pero no esto no debe confundirse con la corrupción a pequeñas escala, si es que existen diferencias; es decir, las que, en punto a la cuantía, no representa un gran número de frente a la suma global. La corrupción es siempre la misma, así se esté ante un contrato de 1 dólar o uno de 135 millones de dólares.

Ahora, cómo es que se podría dar la corrupción en las compras públicas –otras implicaciones y correlaciones–; algunos ejemplos sin pretender agotar las múltiples aristas serían:

- a) **Soborno:** refiere al potencial proveedor que directa o indirectamente, por medios materializados o no, acude al que tiene injerencia o poder de adoptar una decisión de adjudicación en beneficio de un oferente determinado, y le “paga” en especie o de manera líquida para que le ayude o le facilite la compra. Técnicamente esto podría llamarse enriquecimiento ilícito, administración en beneficio propio, tráfico de influencias, soborno

(24) Cifras expresadas en miles de millones. Los datos están en la Memoria Institucional 2004 de la Contraloría General de la República.

(incluso de orden internacional), influencia en contra de la hacienda pública, entre otros. Todos delitos que envían a la cárcel al que configura naturalmente el tipo de la norma, según lo establece la Ley 8422 (Ley contra la corrupción y el enriquecimiento en la función pública).

- b) **Negocio conversado:** sucede cuando entre los mismos proveedores se ponen de acuerdo para turnarse las adquisiciones. Sea, los oferentes acuerdan por adelantado quién va a presentarse a la licitación, qué oferta se va a presentar, quién va a ganar, y cómo se dividirán las utilidades. Algunas veces esto podría desembocar en que, para un determinado procedimiento de licitación pública, los proveedores acuerdan no participar con la consecuente obligación administrativa de declarar infructuoso el procedimiento, o ir degradando el tipo riguroso de concurso por realizar, o, por otro lado, realizar una contratación directa autorizada en donde es aún más fácil acomodar las cosas para una empresa determinada. El tema tiene que ver con la presencia de ofertas colusorias en contratación pública.
- c) **Reajuste de precios de previo valorado:** otro remedio de los corruptores o corruptelas organizadas yace en que, bajando precios, se gane por puntaje el primer lugar, se adjudica y luego, en reajuste de precios, se exige un pago muy por encima del que ingenuamente –o con conocimiento de causa– adjudicó la administración.
- d) **Débil control y ligamen presupuestario:** pese a las buenas intenciones de los órganos de control –auditorías internas y la misma Contraloría General–, lo cierto del caso es que existe una clara desatención en punto a que las compras públicas se ligen con mayor tino a las necesidades públicas, según el Plan nacional de desarrollo, por ejemplo. En la práctica se tiene que el presupuesto de Gobierno Central lo aprueba directamente el Parlamento, mientras que para el resto del sector –lo descentralizado– lo analiza y aprueba la Contraloría General. Pero en el gasto público no se trata de “gastar por gastar”. Esto porque, primero, los fondos son escasos, y, segundo, porque lo que es escaso se debe invertir con calidad, y bajo indicadores de gestión acordes a la realidad del país. La falla más fuerte estaría en lo que aprueba la Asamblea Legislativa ya que en esa sede el control que se realiza es, sobretodo, de orden político, aunque desde

2004 la Contraloría General viene dando un apoyo de asesoría técnica a los diputados y diputadas aún más oportuno y evidente.

- e) **Nula participación de los proveedores previo a conocer el cartel:** nuestro país, a diferencia de la realidad de Nicaragua, por ejemplo, sigue con cierto temor el consultar los carteles de licitación de previo a su formalización a los mismos proveedores o, al menos, a un grupo de éstos. Parece que la idea aberrante de publicar para ver cuántos recursos de objeción al cartel se interponen, y cuántas veces se debe estar aclarando o modificando el cartel, es lo reinante. Es sano que antes de proceder con la publicación del pliego de condiciones, se invite a buena parte de los potenciales proveedores para que éstos, cara a cara, dialoguen sobre las cláusulas en borrador, aporten sus pareceres, y en la misma reunión se acuerden los cambios que sea procedentes a partir del criterio experto de los servidores públicos. Pero, esto otro debe ir de la mano con una necesaria limitación a que, una vez publicado el cartel, la administración no pueda modificar sin mayor reparo las bases del concurso. Un cartel de previo consensuado con los posibles proveedores podría alivianar la interposición de impugnaciones. En este escenario, al conocer los proveedores el cartel en borrador, se evita que éste pudiese “montarse” para una determinada empresa; esto porque no siempre, de ser así, se tiene conocimiento de las instancias de control como la Contraloría General ya que, para que esto suceda, se ocuparía de la “ayuda” de un posible oferente que objete –o que denuncie–. Sin recurso, el cartel “montado” se consolida; por ende, el corruptor gana.
- f) **Recurso de objeción al cartel, lo que no llega:** retomando en parte lo anteriormente señalado, resulta que la legislación actual posibilita el recurso de objeción al cartel para las licitaciones públicas y por registro ante la Contraloría General; en el resto de los casos sería ante la propia administración licitante. En esto merece realizarse dos anotaciones. Primero, de haber una corruptela organizada, que se reparte negocios, por ejemplo, el cartel hecho a la medida se consolida y no llega a la Contraloría General para su posible revisión. Un cartel consolidado pasa a ser ley de partes y solo en el plazo de revisión es posible anularlo de haber una seria falta legal o hasta ética. En otras palabras, si no hay impugnante, no hay intervención de un sujeto externo objetivo que garantice el respeto a la legalidad. Sea, gana la

corrupción en esto. Por otro lado, y como segundo aspecto, se tiene que la mayor parte de los procedimientos de contratación pública se tramitan bajo las figuras de las licitaciones restringidas o las compras directas. En ninguno de estos dos casos interviene un sujeto de control externo en punto a la revisión de los carteles. Es decir, la administración es juez y parte. El modelo legal debería pensar en una medida diferente en beneficio de la transparencia.

- g) **Recurso de apelación; actos de corrupción no alcanzables:** pasa algo similar a lo ya dicho. Si los empresarios ya tienen conversado el negocio, nadie apelará la decisión de adjudicación. El sistema se piensa para que alguno de los empresarios oferentes apele e, incluso, no se reconoce legitimación para impugnar, por ejemplo, a la Defensoría de los Habitantes que, en algún caso, podría detectar una incorrecta adjudicación por actos de corrupción cometidos. En ese supuesto, el posible recurso se rechazaría *ad portas* porque la Defensoría no fue oferente, por más razón legal y ética que tuviese en sus argumentaciones para desear que se anule una adjudicación. Claro se dirá que existe la vía de la denuncia, empero ello no permite anular la adjudicación, que es, al final de cuentas, lo que importa realmente.
- h) **Refrendo de contratos:** y si se trata del refrendo de los contratos, una parte importante de los contratos los aprueba la propia administración, según las disposiciones que sobre el particular ha emitido la Contraloría General por la lógica razón de no poder ella sola, asumir el refrendo de cuanto contrato celebren las administraciones públicas, quedando a la esfera ética de quienes en las instituciones dan la aprobación final. Algunas veces se puede burlar el sistema realizando varias contrataciones, con un mismo objeto, enviando solo a aprobación interna –por el escaso monto–, lo que configura el fraccionamiento ilícito. Esto, salvo que se denuncia o de oficio lo detecten las auditorías internas o la Contraloría General, pasa desapercibido. Otra sería que se denuncie. Pero, el mar de actos de corrupción que se comenten por esta vía es real; la esperanza es que ello no sea así.
- i) **Ejecución incorrecta y eventuales sanciones:** un escenario que es oportuno para la corrupción está en la ejecución de los contratos cuya supervisión descansa en los propios funcionarios públicos que, en buena técnica, deben vigilar porque el

contratista cumpla al pie de la letra con lo pactado. Eso en muchos casos denunciados públicamente o no, no es tan cierto que suceda. Y, de haber incumplimiento probado, la pena parece acomodarse para que el infractor de la ley y del interés público, pueda seguir negociando con el Estado pese a estar sancionado.

Bajo la inteligencia de lo hasta ahora dicho, nos tomamos el atrevimiento de transcribir lo que otrora publicamos en un diario de circulación nacional:⁽²⁵⁾ una opinión que versa sobre el plazo de sanción a los contratistas y una queja de que, al final, el sistema parece premiar al que incumple:

“Salió publicada en La Gaceta del pasado 26 de abril, la tan mencionada reforma al artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa. Esta reforma (Ley 8439) modificó la sanción de inhabilitación de 1 a 5 años para la persona física o jurídica que incurra en alguna de las conductas reguladas en el numeral citado, siendo que ahora el plazo es de 2 a 10 años.

Asimismo, si se tratara de la entrega de dádivas a funcionarios públicos involucrados en un procedimiento de contratación administrativa, la nueva norma exige la inhabilitación por el plazo máximo establecido, hecho a celebrar ya que reduce el margen de decisión discrecional del órgano que impone la sanción.

Sin embargo, conviene realizar una importante acotación que, con todo el respeto del caso para la Asamblea Legislativa, nos hace ver que se dejó a medias la intención última que parecía desprenderse del Diputado proponente y de los otros muchos que dieron su apoyo a la iniciativa.

En efecto, mediante correo electrónico del pasado 22 de enero, se trató de advertir al Diputado proponente que el proyecto de reforma al artículo 100 antes dicho, debería ser suficientemente claro, y hasta contundente, en punto a que la inhabilitación debería ser en relación con todo el Estado o, si se quiere, con todo sujeto público o, incluso, privado que maneje fondos del erario nacional. Es decir, el “castigo” no debe quedar solo en relación con la institución en donde se comete la falta.

Lo anterior porque, como lo habíamos señalado, existe un criterio jurisprudencial (RC-630-2002) que arguye que la sanción es solo en lo atinente con la Administración en donde se infringe la ley, no para con toda la Administración Pública. En palabras más simples, si se inhabilita

(25) Vid. *La República*, sección de opinión, del martes 3 de mayo del 2005.

en una determinada administración, hay otras varias decenas en donde están “las puertas abiertas” para que licite el que ha sido sancionado. En el criterio de marras, es nuestra opinión, no prevaleció la idea de un solo sujeto público (un solo Estado).

*Una redacción más feliz habría sido –tal y como se recomendó–: “Artículo 100. – Sanción de inhabilitación. La Administración o la Contraloría General de la República inhabilitarán para participar en procedimientos de contratación administrativa **para con todo el Estado**, por un período de uno a diez años, según la gravedad de la falta, a la persona física o jurídica que: ...”.*

Así las cosas, la intención fue buena, y bienvenida la reforma, pero la Asamblea Legislativa quedó a medias porque siempre los posibles corruptos o infractores de la ley y la ética, poseen otros nichos públicos adonde penetrar.

Queda la esperanza de una nueva reforma o la de interpretar la nueva redacción legal con un sentido más finalista, con el norte de apostar preferiblemente por una lucha sin cuartel anticorrupción”.

- j) **Regla constitucional es la excepción; subjetividad en la selección de los que se invitan:** por otro lado, la regla del artículo 182 de la Constitución Política de que todas las compras se realicen mediante licitación pública, salvo las distinciones igualmente ordinarias que en razón del monto o la naturaleza del objeto se hagan (Vid para este aspecto los alcances del Votos 998-98 o 13910-2005 de la Sala Constitucional), no se cumple en la práctica. La inmensa mayoría de las compras se llevan a cabo mediante licitaciones por registro, restringidas o directas –éstas últimas reinan en el paquete–. Queda en esto un foco de corrupción evidente cuando, por ejemplo, en las contrataciones directas de escasa cuantía o las que son restringidas, la administración no posee un sistema objetivo para llamar a ofertar. Se dice que se acude al registro de proveedores para cursar la invitación, pero el riesgo de estar invitando a uno o un grupo determinado de proveedores existe sin que se pueda controlar o fiscalizar la gran cantidad de instituciones públicas en punto a lo señalado.
- k) **Carencia de estudio de precios razonables:** es hasta finales del 2004 que la Contraloría General dictó lineamientos, en apego a las mismas normas legales, en aras de que las administraciones realicen estudios de precios razonables. Tales lineamientos, por

cierto, han generado críticas fuera de todo entendimiento, de frente a una exigencia que de por sí es de orden legal. En específico las disposiciones de esa institución exigen que, al momento de estimar los presupuestos, las administraciones realicen un esfuerzo importante para acertar un poco mejor en la cantidad de dinero que se solicitará para una compra en específico. Por otro lado, previo a dictar la adjudicación, se exige que se analice, muy bien, el precio de las ofertas elegibles. Ya hay experiencias de ofertas adjudicadas con precios ruinosos o por encima de una justa remuneración. Sobre este aspecto, se está a la espera del cumplimiento de lo dictado por el órgano contralor y de analizar si ello ayuda a paliar o no la corrupción por infracción a la hacienda pública al cometerse el delito de sobrepeso irregular, por ejemplo, en las compras públicas, según los señala la Ley 8422.

- l) **Publicidad; transparencia; información:** finalmente, hay algunos aspectos que merecen especial atención y desarrollo en el Estado. Todo lo que se refiera a compras públicas debe estar a la orden de cualquier sujeto interesado en vigilar o fiscalizar para evitar la comisión de actos contrarios a la ética o la ley. Allí donde hay transparencia (luz), no llega la oscuridad. La corrupción actúa en lo oscuro por lo que, de haber publicidad, transparencia, acceso a la información, en mucho se ayuda. Todo expediente de contratación pública es accesible a los ciudadanos; solo lo que por ley se limita es válido. Debe posibilitarse accesos por Internet o en las propias administraciones a todo lo relacionado con los presupuestos públicos y los procesos de contratación administrativa. Todo esto lo exige la Constitución Política y, ahora, con mayor tino y contundencia, la aún novísima Ley 8422 y su Reglamento. De no ser así, se favorece al corruptor y las corruptelas organizadas.

No creemos que exista un modelo ideal que del todo garantice la probidad en las compras públicas. Si tal modelo se diera, sería, por ende, aquél que parta de una legislación eficiente y eficaz, en beneficio del interés público. Pero ni la ley perfecta ayudaría si los servidores públicos y los proveedores son corruptos. Así, el problema no lo provoca, como regla de principio, la legislación.

Un sistema más o menos aceptable tiene que ser capaz de proporcionar los bienes y servicios que necesita el Estado en el

desempeño de las funciones de manera oportuna y con precios justos; es decir, debe ser económico, eficiente y eficaz. Debe publicar ampliamente las oportunidades de contratación; los contratos deben adjudicarse a quienes pueden satisfacer las necesidades indicadas ajustándose a las normas exigidas y que presenten las mejores ofertas; las normas deben ser claras y justas, el proceso transparente y los resultados previsibles; la base ideal de todo el modelo debe ser que los funcionarios públicos son responsables del uso apropiado, honesto y transparente, de los fondos públicos y que no se deben enriquecer por administrarlos.

Algunos elementos que debe tener un sistema de licitación ideal serían:

- Invitación pública para ofertar;
- Carteles que estipulen claramente las necesidades, describan el proceso de licitación, los términos y condiciones del contrato, y establezcan los criterios para su adjudicación; carteles que deberían ser conocidos en borrador por los oferentes y que, ya publicado, se pueda impugnar ante un tercero objetivo.
- Presentación de ofertas en sobres sellados como regla; éstas se abrirían solo en presencia de los concursantes, levantando acta, en lugar y una fecha determinados;
- Evaluación y comparación imparciales de las ofertas por evaluadores competentes sin la influencia o injerencia de los licitantes u otras partes; el sistema de calificación debió ser conocido de previo por los oferentes.
- Adjudicación del contrato al concursante que satisfaga todos los requisitos y presente la mejor oferta, según la definición de los criterios de adjudicación publicados.
- Posibilidad de impugnar de no haber apego a la legalidad constitucional, incluso por sujetos que, bajo un interés superior, detecta la infracción de las normas legales o éticas.

Mucho de lo indicado anteriormente ya lo posee la legislación nacional, sin embargo, en otros aspectos es necesario que se promueva un debate abierto porque, en nuestro criterio, el modelo de contratación pública ha demostrado muy clara y lamentablemente, que no es el más apropiado, esto a raíz de los varios casos sonados de corrupción en instituciones muy queridas como el ICE, la CCSS, entre otras.

Nota al margen

Por otro lado, y como nota al margen, importa señalar que los principales bancos multilaterales de desarrollo, han adoptado normas de licitación para los proyectos que financian. Así, para disponer de los préstamos, el prestatario debe ajustarse a las normas establecidas y los bancos, por su parte, supervisan para garantizar el debido cumplimiento de las normas. Todo incumplimiento de las normas puede resultar en la cancelación del préstamo lo cual, en países en vía de desarrollo, es grave.

Bajo esta línea, resulta que en 1993 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional adoptó una ley modelo para la adquisición de bienes y servicios que sirviera a los países para evaluar y modernizar sus leyes y prácticas de licitación.

Tal ley incorpora casi todos los principios elaborados por los bancos multilaterales de desarrollo en sus normas de compras así como los procesos administrativos y judiciales para la revisión de la adjudicación, lo cual supone un paso importante hacia la elaboración de normas y procedimientos internacionales.

Asimismo, y como parte de lo hasta ahora realizado, resulta que 1994 se elaboró el Acuerdo sobre Adquisiciones Estatales (en Marruecos) como parte de las negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. El Acuerdo, que entró en vigor para los países signatarios en enero de 1996, es más conocido como Normas de Adquisición de la Organización Mundial del Comercio. Huelga agregar que a los gobiernos miembros de la OMC se les invitó a unirse a este acuerdo. Se unan o no al acuerdo, lo cierto del caso es que las normas y procedimientos de éste son lo que más se acerca a una legislación universal de buenas prácticas.

Igualmente, importa mencionar que los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) se unieron para promover la adopción de leyes nacionales, similares a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos, que clasifiquen como delito y penalicen con graves sanciones el soborno de funcionarios estatales, bien sea dentro del país o en el exterior, y otras formas de corrupción relacionadas con los procesos de licitación.

Por otro lado, en 1996 la Organización de los Estados Americanos aprobó una Convención Interamericana sobre la Corrupción (ya

ratificada por Costa Rica), siendo que ese mismo año la Cámara de Comercio Internacional propuso un conjunto de normas de conducta contra la corrupción para uso de las empresas y medidas correspondientes para los gobiernos.

Finalmente, Naciones Unidas elaboró una Convención todavía más ambiciosa que la dada por la OEA que aún no se ratifica en nuestro país. La esperanza es que ello suceda pronto, amén de tener, como tantas veces hemos señalado, la nueva Ley 8422 y su Reglamento General que, pese a variadas críticas, es una herramienta de importante utilidad en la lucha anticorrupción.

5. CONCLUSIONES

Insistimos en que, con lo hasta dicho, en lo absoluto se pretende dar por agotado de las implicaciones y correlaciones en punto a la contratación pública y la corrupción. El tópico analizado se ubica como uno de los focos más privilegiados para la comisión de actos de corrupción por las razones de obvia evidencia. Solo conociendo los varias decenas de millones de dólares que a diario mueve un país como Costa Rica, dentro del proceso de estudio, es suficiente para comprender el por qué de la corrupción y de las corruptelas organizadas que, por si aún no se ha percatado el lector, existen y no solo en este país sino a nivel internacional.

Las compras públicas, en su teoría, parten de la aplicación de una serie de enunciados rectores de estricto asidero constitucional. Así, la regla de las compras estatales es la realización de la denominada licitación pública, sin que por ello se excluya como procedimientos ordinarios las licitaciones por registro, restringida o la directa. La licitación pública –esto igualmente es aplicable en lo pertinente en los otros tipos de procedimientos– exige la observancia de principios orientadores, de difícil descuido. Así, la igualdad, libre concurrencia, seguridad jurídica, equilibrio de intereses, entre otros, son parte de esos parámetros bajo los cuales se desarrolla las compras públicas.

Pero, asimismo, hemos sido muy claros en que, además de los enunciados de orden constitucional propios de la materia, existen otros que aplican para todo el universo de las actuaciones públicas. Estos serían los principios de sustento estrictamente ético o de probidad exigible a todo servidor público y hasta sujeto privado cuando éste se relaciona directa o indirectamente con las administraciones públicas.

Por otro lado, hemos tratado de dejar medianamente claro lo que es la corrupción con el objeto de facilitar el ligamen de tal tema, con las implicaciones y correlaciones dentro de la contratación pública pero solo para algunos cuantos temas de interés que, en lo absoluto, no pretende dar por acabado el tópico objeto de este documento.

Así las cosas, se ha querido presentar a la contratación pública como un proceso normal y que a diario desarrollan las administraciones públicas; además se entablaron algunos acercamientos de sumo interés con respecto a la corrupción y, finalmente, se intentó implicar y correlacionar ambos temas en procura de advertir riesgos inherentes a la realidad costarricense que bien merecen nuestra atención en procura de evitar la consumación de daños más lamentables a la hacienda pública, esto en referencia a lo que ya ha sucedido y sobre lo cual el sentimiento de frustración es imperante.

Edmund Burke señaló alguna vez que *“El peor error que podemos cometer es no hacer nada, por pensar que es muy poco lo que podemos hacer”*;⁽²⁶⁾ por tanto, queda abierta la invitación a no manejar fríamente la teoría que en este documento se presenta, sino a ser parte de esos ciudadanos que, en lo poco o en lo mucho, algo realizan en pro de una hacienda pública mejor administrada, todo conforme a la Constitución y la ley, pero sobretodo, al cúmulo de principios y valores de probidad, propios del país en el que se vive.

(26) Pensamientos o frases célebres que el autor recoge en documento de uso personal.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- CASSAGNE (Juan Carlos). *El contrato administrativo*. Abeledo - Perrot, S.A., Buenos Aires, 1999.
- COMADIRA (Julio Rodolfo). *La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, S.A., Buenos Aires, 2000.
- DROMI (José Roberto). *Licitación Pública*. Ciudad Argentiba, Buenos Aires, 2ª edición, 1995, p. 100.
- GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999.
- MEIRELLES (Hely Lopes). *Licitacao e contrato administrativo*. Revista Dos Tribunas, Brasil, 10ª edición, 1999.
- SOLERA VÍQUEZ (José Antonio). *El cartel de la licitación*. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2001.
- WORLD BANK. Corruption: Some Myths and Facts, por Daniel Kaufmann, 1997.

Jurisprudencia

- Sala Constitucional, voto 0998-98, de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.
- Sala Constitucional, voto 13910-2005, de las 15:04 horas del 11 de octubre del 2005.
- Sala Constitucional, voto 14421-2004 de las 11:00 horas del 17 de diciembre del 2004.

Normativa

- Constitución Política.
- Ley de contratación administrativa.
- Ley general de control interno.
- Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.
- Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.
- Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República y servidores públicos en general". La Gaceta No. 228, del lunes 22 de noviembre del 2004.

Otros

Artículo de opinión “Reforma a medias”, publicado en *La República* del martes 3 de mayo del 2005

Artículo de opinión “Decálogo de ética”, publicado en *La Prensa Libre* del miércoles 6 de julio del 2005.

Documento sobre la legislación colombiana localizado en <http://www.transparencia.gov.co/guias/contratacion.asp> (citado el 2 de mayo del 2005).

Periódico *El País*; Sección Opinión, Junio del 2000.

Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. Resolución adoptada el 27 de junio de 1997, p.27.

Transparencia Internacional sede Costa Rica; Taller sobre mapeo de riesgos en contratación pública: el caso de las carreteras, diciembre del 2001.

