
Contratación administrativa y sus principios

Segunda parte

*Christian E. Campos-Monge**

Sumario. Introducción. I. Contratación administrativa: acercamiento conceptual. II. Los enunciados de la actividad contractual: especial mención a la eficiencia, eficacia y la probidad. III. Contratación administrativa y corrupción (anotación especial). Conclusión.

Palabras clave. Contratación administrativa. Principios constitucionales. Eficiencia. Probidad. Corrupción.

Resumen. El proceso de contratación administrativa es esencial en el quehacer de las administraciones públicas; no puede darse una eficaz y eficiente prestación de servicios públicos o un fiel cumplimiento de los objetivos del Estado, si no se acude a la realización de contrataciones públicas. Los procedimientos, entonces, se requieren para cumplir oportunamente con la satisfacción de intereses públicos o institucionales. Ahora, los procesos, a su vez, significan la observancia vinculante de una serie de enunciados operativos y de probidad; sobre lo segundo, es básico considerar que para paliar con efectividad la corrupción, se necesita de servidores públicos con ética. Por ende, la contratación administrativa es, en todos los casos, una actividad estatal apegada a enunciados operativos de rango constitucional, incluso, y otros de tinte ético.

* Investigador y Candidato a Doctor de la UNED. Magíster en Derecho Constitucional y Técnico en Comercio Internacional. Abogado y Notario por la Universidad de Costa Rica. Ejerce la docencia en el ICAP. Ensayista; dicta cursos sobre hacienda pública, corrupción, probidad, contratación administrativa y afines. E-mail. chrisjm33@yahoo.com

La probidad en la función pública

Por función pública comprendemos toda actuación formalmente designada o no a una persona física o jurídica inclusive, que se hace en beneficio del Estado, sea esta remunerada, por cualquier tipo de pago, o no (Vid. *Diccionario de la Real Academia Española*, 1992). La función pública puede ser permanente o temporal, y siempre lo es bajo la autoridad supervisora del Estado. Por lo tanto, quien ejerza estas funciones debe ser considerado funcionario o servidor público, por lo que debe sujetarse a los deberes y obligaciones que la Constitución y las leyes le establecen.

El vocablo "función" deriva de la voz latina "*functio*", palabra perteneciente a la misma raíz del verbo "fungir", que da a entender el hecho de cumplir, ejecutar o desempeñar algo. Por ende, hay una relación directa con la idea de actividad o movimiento; se trata así de un contenido dinámico del que no se puede apartar. Se dirige, pues, a ejecutarse siempre un cometido o cumplir con una tarea. Toda función no es sino la actividad cumplida por un órgano para la realización de determinado fin.

Se advierte que el concepto de función pública en comentario difiere del tema de la división de funciones de los diferentes órganos constitucionales existentes; en esto bien se sabe de los postulados esenciales de Montesquieu (así explicado por Jinesta, 2002): "*el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute*". Así, función pública parte de una comprensión genérica, sea todo lo que hagan (toda su actuación) las administraciones públicas, es decir, todo sujeto que recibe planifica y gasta fondos y recursos de la hacienda pública. Incluso podemos incluir, por el amplísimo concepto de funcionario público de la Ley anticorrupción, a aquellos sujetos privados (fundaciones, gestores, concesionarios, asociaciones, etc.) que reciben prestaciones de esa misma hacienda pública.

Función administrativa o pública la explica Jinesta Lobo (2002) de la siguiente manera:

Nuestro texto constitucional, en su ordinal 49', emplea un concepto que constituye la clave de bóveda del derecho administrativo, cual es el de "función administrativa". Esta noción presupone, desde una perspectiva dialéctica, el de "disfunción administrativa". El término

función administrativa, además de tener una connotación dinámica engloba, al presuponer su antítesis, todas las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de las administraciones públicas (v gr. las actuaciones materiales o técnicas y las omisiones). A nuestro juicio, la función engloba el conjunto de potestades que tiene un ente o un órgano, por lo que se relaciona con el concepto dogmático de competencia.

En el ordenamiento jurídico-administrativo costarricense, el término "función" tiene una gran relevancia, puesto que, el constituyente lo emplea, reiteradamente, para distinguir las diversas manifestaciones de la función estatal...

Como se ve, el Constituyente le encarga a cada uno de los órganos constitucionales, la tarea de realizar, a nombre y por cuenta del ente público mayor -Estado- un fin determinado, mediante la utilización de sus potestades y competencias (cantidad de instrumentos jurídicos y materiales) y el despliegue efectivo de la función constitucionalmente asignada.

Sabino Cassese, ha sostenido que la Administración Pública no tiene como únicos elementos la organización y sus actividades articuladas en fases (procedimientos), sino que existe otro que determina a todos los demás que son las funciones. Para esto afirma que "La Administración está en función de las funciones, en el sentido de que las funciones que está llamada a realizar determinan los otros elementos. En relación a la (sic) funciones que debe realizar una Administración, se articularán las unidades administrativas, se elegirá al personal..."

Procede, pues, delimitar que la función pública de nuestro interés es simplemente la que desarrolla el funcionario público, en sentido genérico. O bien se puede señalar que la idea de función pública se debe entender como la relacionada con un órgano público, compuesto por personas, para el logro de una finalidad de interés general o que le es inherente.

En otro orden de cosas, cabe definir quién es funcionario público; en esta línea la Ley anticorrupción establece que es

... Toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud

de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva...

A lo anterior le siguen otras indicaciones ubicadas en el mismo ordinal 2° de la Ley en comentario; así:

* Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de la Ley, con lo cual se rompe la doctrina tradicional en la que sí se establecen distinciones en los términos dichos.

* Igual se regula que las disposiciones de la Ley se aplican al funcionario de hecho; entendiéndose que tal tipo de funcionario, según lo define el Reglamento de la Ley: "Será... el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz aun fuera de situaciones de urgencia o de cambio ilegítimo de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias: a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y, b) Que la conducta se desarrolle en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho" (Vid. art. 14, inciso 19, del Reglamento a la Ley anticorrupción). Véase que en la especie no se hace más que recoger lo señalado, grosso modo, en la Ley general de administración pública.

* Se aplica el concepto en estudio a las personas que laboran para empresas públicas en cualquiera de sus formas (casos de Correos de Costa Rica, S.A., RACSA, S.A., por ejemplo).

* Asimismo, a los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común (podrían aquí los colegios profesionales)

* Finalmente, comprende a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión. Entiéndase, pues, la posibilidad de que abogados estén desempeñándose en tales menesteres.

El concepto de funcionario público que precede se entiende que aplica solo para los alcances de la legislación citada, por lo que igual debemos recurrir al concepto clásico patrio estatuido en la Ley general de la administración pública. En ese sentido, el ordinal 111 de tal cuerpo legal señala:

Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de esta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. / 2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario. / 3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común;

como se ha visto, con respecto a este último inciso, la Ley anticorrupción sí genera similitud con respecto a los alcances del concepto de funcionario público.

Tal grupo de sujetos que cumplen y realizan funciones públicos son parte de una "clase social" o una "burocracia" (según concepciones antiquísimas); sin embargo, pese a que originalmente "burocracia" se ligaba a la idea de un Estado ordenado a cumplir oportunamente las demandas ciudadanas, teniendo para ello una clase de servidores idóneos, ello vino de más a menos hasta llegarse a asimilar el concepto dicho, como sinónimo de sujetos o administraciones poco diligentes, desordenadas, ineficientes, entre otros conceptos.

Se advierte que todo funcionario público se entiende compelido a mostrar rectitud desde el sano y necesario liderazgo, no solo porque ello lo ordena el deber de probidad estatuido en la Ley anticorrupción, sino porque ello de por sí debería ser una acción personal permanente que no necesita de un imperativo legal; pero, asimismo, se exige porque el artículo 13, inciso a) de la Ley general de control interno dispone como deber de los jefes y titulares subordinados el: *"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", pretensión que incluye a todo servidor público porque en última ratio la aplicación de los preceptos atinentes de control interno descansa en toda institución y en todo servidor de ésta.

Ingresando con mayor profundidad al tema de la ética, en aras de dejar marcados ciertos conceptos básicos, se afirma que ésta es parte del concepto amplio de probidad, y este último se liga a lo que se comprende por moral, siendo que por tal término se entiende el conjunto de normas de conducta establecido por la mutua convivencia entre los hombres o la ciencia de las costumbres sociales.

Lo anterior denota 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, 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 (se refiere este título al de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley No. 8422, publica en La Gaceta del viernes 29 de octubre del 2004).

Por tanto, a estas alturas, surgen las preguntas: ¿Qué es probidad? ¿Cómo se entiende su aplicación en caso de las compras estatales?

No es tarea fácil ubicar un solo concepto, que sea integrador, de lo que es probidad. No necesariamente lo probado 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. Se podría hablar así de un marco generalizado de probidad.

Ese marco de probidad lleva a pensar que una persona prueba: -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 generales que exige la sociedad sea mediante acuerdo implícito o disposición legal; la ética es, asimismo, parte del antídoto básico para lucha en contra de la corrupción; así:

La ética es la guía para enjuiciar las acciones de quienes nos rodean y el desempeño de las instituciones sociales. El no observarla y protegerla conlleva, por ejemplo, al conocido tema de la corrupción que es "el abuso del poder público para el beneficio particular" o el incumplimiento del principio de la "distancia prudente", según el cual las relaciones privadas no deberían afectar la toma de decisiones económicas, políticas y sociales por parte de los funcionarios del Estado. En esto existe un supuesto formalmente dado: los servidores públicos son neutrales e impersonales en la búsqueda del bienestar social.

Enfermedad social. El flagelo de la corrupción impulsa a tomar decisiones obedeciendo a intereses ajenos a los legítimos, sin valorar las consecuencias que acarrea para la sociedad. Así, los servidores inmersos en ese mal atienden a intereses de otro orden antes que al general, norte y fin de la gestión pública. A causa de esta enfermedad, se da la deslegitimación del sistema político, ya que los funcionarios trabajarán para otro interés que no es el del país; hay mala asignación de fondos escasos pues no se tiene claridad de cómo invertir los fondos de los contribuyentes; existe distorsión en los incentivos económicos pues el interés de los oferentes en los concursos públicos será el de manipular a los funcionarios que tengan a cargo el proceso de selección; y se destruye el profesionalismo, por cuanto el interés por los sobornos reemplaza los criterios de orden profesional. (Campos, 2003: artículo de opinión).

En esta materia surgen 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.

Y claro, lo anterior se señala con la verdad Militante de que

Para el Derecho el tema de la ética o probidad tiene una característica que lo hace frustrante pues se ubica en el terreno de lo utópico, Señala el profesor Nieto García que hay fenómenos que no pueden ser eliminados por completo y que sería irreal pretenderlo. Pero este escepticismo no justifica renunciar a enfrentar la corrupción. La honestidad puede ser un horizonte inalcanzable, pero orienta el camino de los individuos y de los pueblos y no debe perderse de vista. Lógicamente, es imposible el logro de una comunidad ética si se plantea a partir del cumplimiento de un estándar, como acontecimiento con una calificación, o de un determinado índice, etc. El tema de la ética debe considerarse, más bien, como un fenómeno dinámico de la vida en sociedad en el cual no hay una base igual para todos. De la interacción entre el individuo y la sociedad se va formando una manera de entender lo que es la vida en comunidad. No existen rasgos éticos con los que la gente nazca, salvo casos extremos de psicopatías, sino que los valores se desarrollan como resultado de una interacción entre el individuo y la sociedad... De la misma forma, las organizaciones (como el Estado) y las sociedades han de forjarse un carácter, un modo de ser, de acuerdo a las posibilidades de las que se apropian. (Hidalgo Cuadra, 2005).

De seguido se explicará en detalle, sin agotar sus posibles alcances, el art. 3 de la Ley anticorrupción que regula el deber de probidad, el que dicta pautas de comportamiento en todo servidor público y que, para el caso, se aplican a quienes desarrollan procesos de contratación administrativa. Tal numeral realmente lo que regula es una especie de parámetros por tener en cuenta en la conducta que se despliega. Véase entonces 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 (Decreto Ejecutivo 32333-MP-J, publicado en La Gaceta No. 82, Alcance No. 11 del 29 de abril del 2005), 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.

Transcrita la normativa, entonces los parámetros, a modo de decálogo, serían los siguientes (Vid. en esta misma línea: artículo de opinión publicado en *La Prensa Libre* del miércoles 6 de julio del 2005 o los ensayos de Campos (2006) intitulados: "Ética, Probidad y Funcionario Público", en *Memoria* del XV Congreso

Jurídico Nacional; "Funcionario Público, Corrupción y Deber de Probidad", en Revista Foro; y "Deber de probidad y el Ejercicio de la Abogacía en la Función Pública", en Revista de Ciencias Jurídicas' No. 109, enero-abril 2006; revista conmemorativa de los 125 años de fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica):

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.

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, entidades descentralizadas, entre otros. Las compras estatales son, privilegiadamente, de los procesos de gestión pública más urgidos de una correcta planificación.

3. Pro-rectitud

Tal enunciado se nutre de una esfera plena de comportamiento ético: 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 estos y los ciudadanos, debe partir de la buena fe. Ello significa que siempre se llegará al funcionario público para que este realice un acto acorde con la ley, cumpliendo fielmente con los requisitos que previamente hayan sido establecidos. Particularmente la buena fe 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 idóneos 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".

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 señala 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. Debe mostrarse siempre honestidad y probidad; sea una conducta enteramente intachable.

Corolarios de probidad

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

a) Pro-igualdad

El funcionario público debe hacer suyo el principio de los 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 competa, 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 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 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, cumpla sus obligaciones y no justifique un incumplimiento o rehúya una responsabilidad.

g) Pro-integridad

Los actos del funcionario público deben estar alejados de buscar beneficios en lo personal, familiar o para que 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 el criterio de que el fin justifica los medios.

h) Pro-honestidad

Todo interés diferente del público, que pudiese ocasionar un conflicto de intereses, debe ser declarado por el funcionario público. De inmediato debe tenerse aquel actuar que potencialmente pueda comprometer la rectitud en el actuar. Igual puede entenderse como ese deseo de aprender a conocer sus debilidades

y limitaciones y dedicar tiempo para tratar de superarlas, solicitando consejo de compañeros de mayor experiencia.

i) Pro-ecuanimidad

Actuar con serenidad, ser imparcial, justo y ofrecer trato igual a los demás; tener mente abierta, aceptar los cambios y admitir con madurez los errores cuando se ha incurrido en equivocación.

j) Pro-dedicación

Estar dispuesto a entregarse sin condición al cumplimiento del deber, siempre con atención, amabilidad, cortesía y espíritu de servicio.

k) Pro-solidaridad

En las interacciones sociales, es debido el auxilio y colaboración entre los mismos compañeros o resto de funcionarios públicos ayudando a los demás a sobrellevar sus dificultades.

Todos estos preceptos, que no buscan establecer un solo listado, deben ser observados por los funcionarios públicos, salvaguardando así el sano ejercicio de la función estatal. Nótese en ellos un claro sentido de amplitud al incorporar dentro del término **probidad** una serie de parámetros de correcta gestión pública. Esto parece justificable desde la óptica de la gerencia efectiva, 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.

De lo hasta aquí señalado cabe resumir, entonces, los principios que se aplican en contratación administrativa, como proceso inherente de todo el Estado, y que deben observar todos los funcionarios públicos que directa o indirectamente se relacionan con el proceso en estudio, y por todo empleado o sujeto del sector privado que tiene vinculación con el estado en esta materia; así:

De carácter operativo o práctico: 1. eficiencia, 2. eficacia, 3. razonabilidad, 4. libre concurrencia, 5. igualdad de trato, 6. publicidad, 7. legalidad constitucional, 8. transparencia, 9. seguridad jurídica,

10. formalismo de los procedimientos, 11. oficialidad, 12. informalismo, 13. equilibrio de intereses, 14. buena fe, 15. mutabilidad del contrato, 16. intangibilidad patrimonial, 17. control de los procedimientos; y, 18. pro-régimen recursivo.

Con carácter de probidad: 19. pro-interés público, 20. pro planificación, 21. pro-rectitud, 22. pro-objetividad, 23. pro-rendición de cuentas, 24. pro rechazo de actos de corrupción, 25. pro-liderazgo, 26. pro-regularidad, 27. pro-austeridad, 28. pro-lealtad, 29, pro-responsabilidad, 30. pro-integridad, 31. pro-honestidad, 32. pro-ecuanimidad, 33. pro-dedicación, y, 34. pro solidaridad

Finalmente, debe recordarse 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 de conducta involucra a todo servidor público.

En términos de la Sala Constitucional, conforme a su sentencia 2120-2003,

Los funcionarios públicos están llamados a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Los servidores deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados, con el objeto de incentivar una mayor confianza en el uso de la hacienda pública y en el ejercicio de la función estatal (Vid. Sala Constitucional, Voto 2120-2003, de las 13:30 horas del 14 de marzo del 2003).

III. Contratación administrativa y corrupción (anotación especial)

Contratación administrativa y corrupción siempre son términos que se ligan. El uno es escenario ideal para que se dé el cultivo de lo segundo. De ahí que en relación con el proceso de compra pública quepa esa afirmación de José María Espinás Masip

(2000), de que *"Siempre ha sido (...), la denuncia del mal, un trámite indispensable para que se logre el bien"*.

En materia de definiciones se puede asumir a la corrupción como el uso abusivo del poder por parte del funcionario público para su beneficio personal; 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, convierte a los funcionarios en infractores del sistema. Es decir, 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.

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 afectan negativamente los intereses públicos, la ética y la transparencia.

Un concepto más actual, amplio e inclusivo, está en la Revista Foro del Colegio de Abogados de Costa Rica de diciembre 2006:

Un posible intento de definición de corrupción.

Sin pretender dar por acabado el tema de la posible definición de la corrupción -si es que hay o debería existir solo una-, aun así, nos atrevemos a conceptualizarla optando más por una propuesta amplia que permita, ante cada caso concreto, determinar si existe o no un acto de corrupción -sea subsumir el hecho en el concepto-. Como sugerencia, está expuesta a la perfección. Esta sería de la siguiente manera:

La corrupción es la conducta activa o pasiva (Ca/p) que un sujeto o varios, persona física o jurídica, empleado público o privado (o persona), realiza en sentido opuesto a lo que una norma positiva —o varias—, lo mismo que una de orden ético —o varias— (N), establecen; es la conducta activa o pasiva que menoscaba, consumando o no un daño (D) a la hacienda o a la función pública, tanto en su componente material como en el abstracto; es dejar de lado el interés público (D o institucional, por privilegiar un interés diferente a estos (Id).

La fórmula del concepto será, entonces:

C=Ca/p-N+D-I+Id

C= Corrupción es igual a...

Ca/p= Conducta activa o pasiva de un sujeto, o varios, persona física o jurídica, empleado público o privado, que deja de observar y aplicar una...

N=Norma positiva o de orden ético y que con ello provoca un...

D=Daño a la hacienda o a la función pública en su componente material y/o abstracto. En detrimento del...

I=Interés público, y privilegiando...

Id=Un interés diferente a aquel.

Se explica la definición de la siguiente manera:

La corrupción siempre se materializa en la conducta activa (el autor intelectual de una estafa, por ejemplo) de un sujeto, sea este empleado de la administración pública (concepto que debe entender como el más inclusivo de todos), o de un empleado de personas jurídicas de hecho o de derecho. O lo mismo se dice del sujeto que tiene un comportamiento pasivo (el que no denuncia a su compañero de oficina cuando da una dádiva porque le conviene, dado que es su jefe o porque medió alguna promesa o porque recibe cierto dinero, etc.).

La conducta activa o pasiva siempre es en detrimento de una norma escrita -de cualquier rango: Constitución, tratado, ley, reglamento, etc., - o de una de orden ético, conforme al marco socialmente aceptado de valores. Lo que zanja la verdad de poder cometerse corrupción sin que necesariamente se haya descuidado la aplicación de una norma positiva.

Además, puede darse un daño concreto a la hacienda pública o al ejercicio mismo de la función pública -concepto que se refiere a todos los recursos y fondos públicos, o al despliegue de las tareas encomendadas a un determinado servidor del Estado-, o solo quedarse en una mera cuestión ideal externada pero que, igualmente, infringió parámetros morales exigibles, inclinándonos por esto a un pensamiento más bien de orden iusnaturalista y su debido reproche. Pero igual este concepto se entiende cuando la corrupción se origina y concluye solo a lo interno de una empresa o varias -sea no llega en lo absoluto a relacionarse con la esfera pública-, sin que deban ser parte de la Administración Pública. Aquí nacería un fenómeno de corrupción diverso, pero grave: la corrupción exclusivamente en sujetos privados.

No hay otra explicación válida: la corrupción en todo momento será la preferencia de un interés diferente al de la colectividad o al institucional. El interés del país o el público quedan de lado por otros objetivos.

Y darse cuenta de esto, lleva a tener que aceptar igualmente los costos de la comisión de los deplorables actos de corrupción.

A modo de reflexión, se puede compartir junto con don Peter Eigen, entonces presidente de Transparencia Internacional por más de cuarenta años, y basados en lo que se indica en el Informe Global de la Corrupción 2005, que la corrupción no solo llena los bolsillos de las élites políticas y empresariales. Esta deja al ciudadano sin servicios esenciales de salud, vivienda, educación, entre otros. La corrupción cobra vidas humanas lo que, asimismo, significa que la dignidad humana está siendo irrespetada por este flagelo. Mucha atención a esto: la corrupción es un problema tan amplio que la dignidad misma de las personas se está viendo gravemente comprometida". (Vid. Campos Monge, Christian Enrique. Ensayo: "Funcionario público, corrupción y deber de probidad -propuesta de un decálogo de ética para la lucha anticorrupción", *Revista Foro* del Colegio de Abogados, 2006, p. 38 y siguientes).

La preocupación por consolidar sistemas de contratación pública que sean transparentes, eficientes y eficaces, amén de consagrar la igualdad, 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 de Costa Rica se pueden 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, se dejan lagunas, sobre todo en lo referido a los controles posteriores, por lo que no se previene la comisión de actos de corrupción y se deja, entre otros aspectos, muchas conductas sin sanción clara y contundente en contra del funcionario público -o el sujeto privado- que falta a la ética o la ley; aspecto este que bien podría enmendarse, hasta cierto grado, 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, eso debería de ser así, el control de la gestión de los recursos públicos. Dentro de ello está la aplicación de la eficiencia y eficacia del gasto público proyectado, que en todo sea de calidad ante la verdad de unas finanzas públicas escasas.

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 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.

Se concluye esta exposición sobre contratación administrativa y corrupción señalando lo que en 2001 Transparencia Internacional de Costa Rica indicó sobre el tema de interés:

El problema de la corrupción es hoy 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 tal vez 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 antivalores.

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.

Conclusión

Ha sido un objetivo del presente estudio hacer que cale en la consciencia del lector, preferiblemente del que es responsable directo o indirecto de actividades relacionadas con los procedimientos de contratación administrativa, la idea de que la probidad, en todos sus alcances, debe ser parte inherente de la conducta pública. No puede perderse de vista que la función estatal, conforme a lo que espera el colectivo, significa en buena medida el respeto y resguardo de cánones éticos de comportamiento.

En el caso de las compras estatales se ha dejado claro que se aplican una serie de enunciados de rango constitucional. De la serie de principios, resulta que los dos más importantes son los de eficiencia y eficacia. En este punto, la Sala Constitucional facilitó con su voto 14421-2004, especialmente, una mejor comprensión de la lógica de los procedimientos de compra pública. No puede, en ese sentido, perderse de vista que el interés público o

institucional siempre debe verse satisfecho; de lo contrario se afectará el país y su desarrollo. Asimismo, se ha realizado un ligamen imprescindible entre procedimientos de contratación pública y corrupción, con el fin de sensibilizar al personal del aparato estatal y privado de no ser parte del problema, sino de la solución.

Bibliografía consultada o citada

Campos Monge, Christian Enrique. Artículo de opinión "*Contra la corrupción*" en *La Nación*, lunes 2 de junio del 2003.

Campos Monge, Christian Enrique. "Deber de probidad y el Ejercicio de la Abogacía en la Función Pública". *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 109, enero-abril 2006; revista conmemorativa de los 125 años de fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica.

Campos Monge, Christian Enrique. "Ética, probidad y funcionario público". *Memoria del XV Congreso Jurídico Nacional: "Ética con responsabilidad social"*, Colegio de Abogados, agosto del 2006.

Campos Monge, Christian Enrique. "Funcionario Público, Corrupción y Deber de Probidad (propuesta de un decálogo de ética, parte I)". *Revista Foro*, Colegio de Abogados de Costa Rica, año 5, número 7, diciembre, 2006.

Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo — Perrot, S.A., 1999.

Comadira, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública (naciones, principios, cuestiones)*. Buenos Aires, Argentina, Depalma, S.A., 2000

Dromi, José Roberto. *Licitación Pública*. 2. edición. Buenos Aires, Argentina, 1995.

González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3ª edición. Madrid, España. Civitas, 1999.

Hidalgo Cuadra, Ronald. "Ética y transparencia en el tratado de libre comercio". *Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*. Asociación para

el Estudio Jurídico del Tratado de Libre Comercio con EE.UU., 2005.

Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Parte general, Biblioteca Jurídica DIKÉ, Medellín, Colombia, 2002, p. 193.

Meirelle, Hely Lopes. *Licitacao e contrato administrativo*. 10. edición, 1999, Brasil, Revista Dos Tribunales.

Meza Jiménez, Manrique. *Derecho Público*. San José. Editorial Jurídica Continental. 2001.

Periódico: *El País*; Sección Opinión, Junio del 2000. Artículo de José María Espinás Masip.

Rojas Franco, Enrique. *Derecho Administrativo de Costa Rica*. Editorial Porrúa, S.A. México, 2006, p. 112.

Sáenz Bellanger, Rodolfo. *Contratación Administrativa en Centroamérica*. Banco Centroamericano de Integración Económica. Honduras, 2006.

Solera Víquez, José Antonio. *El cartel de la licitación*. San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas, S.A., 2001.

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.

Jurisprudencia constitucional

Sentencia 2005-11781, de las 17:46 horas del 30 de agosto del 2005; Sentencia 2005-846, de las 11:28 horas del 28 de enero del 2005; Sentencia 2005-9814 de las 8:34 horas del 29 de julio del 2005; Sentencia 2003-4322 de las 14:42 horas del 21 de mayo del 2003; Sentencia 14421-2004 de 17 de diciembre del 2004; Sentencia 2217-99 de las 15:12 horas del 24 de marzo de 1999; *Sentencia*

13910-2005 de 11 de octubre del 2005; Sentencia 2120-2003, de las 13:30 horas del 14 de marzo del 2003). Otra jurisprudencia (de la Contraloría General): Oficio 12789 del 18 de octubre de 2002 (DAGJ-1711-2002); Oficio 12852 del 7 de noviembre del 2001 -DAGJ-2006-2001-; R-DCA-071-2006, de las 10:00 horas del 9 de marzo del 2006; RC-583-2002 de las 14:00 horas del 6 de setiembre de 2002; R-DCA-578-2006, de las 8:15 horas del 12 de noviembre del 2006.

Ordenamiento Jurídico

Constitución Política de Costa Rica; Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley No. 8422, publicada en La Gaceta del viernes 29 de octubre del 2004, y su respectivo reglamento; Ley de Contratación Administrativa y su respectivo reglamento.