

# **RESEÑA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN**

## **(Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)**

### **Reseña por Andrea Janneth Díaz Garzón.**

El autor *Máster Christian E. Campos Monge*, es Investigador y Candidato a Doctor, realiza un acucioso estudio sobre el flagelo de la corrupción como fenómeno impregnado hasta la médula en la contratación estatal, de donde se derivan riesgos, que a la postre ante la falta de acatamiento a los principios superiores y postulados básicos conllevan a lo que el autor llama “*caldo de cultivo*” propio de la corrupción, además de darle gran importancia al Deber de probidad, entendida como la obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igual para los habitantes de la República, demostrando rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley, ajustadas a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña.

Con este ensayo pretende demostrar que la contratación administrativa se sustenta en ciertos principios de rango constitucional como la transparencia, la rendición de cuentas, la eficiencia y la eficacia, que en el caso de ser aplicados disminuiría el riesgo de actos irregulares.

El hecho de estar tan presente la corrupción en las compras estatales, debe generar la adopción de medidas preventivas. En ese sentido, la aplicación de estos principios sería de gran importancia para evitar la comisión de actos contrarios por parte de funcionarios del sector público y los particulares que intervienen en este tipo de procesos administrativos.

En la introducción, sitúa el papel del estado de derecho frente a la regulación en el manejo de los dineros del país de manera transparente, así como la lucha contra la corrupción ha sido candente debido a que el tesoro público es apetecido por quienes pretenden anular el interés público en beneficio del interés particular o personal. Surge la necesidad para realizar esfuerzos mediante la aplicación de los principios rectores en materia de contratación pública a fin de disminuir ese mal endémico que carcome la dignidad de un pueblo.

Así mismo, pretende evidenciar la existencia de espacios que son aprovechados en los procedimientos de compra estatal para violentar su marco regulatorio, los cuales debe ser conocidos por los operadores en esta materia. El autor expone de manera general el fenómeno de la corrupción desde las relaciones cotidianas que se desarrollan en el ámbito público y privado, así como exterioriza criterios bajo el cual debe girar todo actuar público o privado cuando tengan incidencia en este tipo de procesos y finalmente pretende lograr incentivar un cuidado especial ante los riesgos en los procedimientos de compra de bienes y servicios del estado desde su experiencia particular hasta lo evidente, proponiendo una postura a favor del honesto y correcto manejo del tesoro público.

El autor previene en el título *la contratación pública, principios constitucionales y de probidad* que está sustentada a partir de lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución Política de Colombia desarrollado con profundidad por la Sala Constitucional. La contratación administrativa se rige por el principio general que dispone: “(...) *toda contratación que celebre el estado debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación (...)*”, disposición que surgió para dar solución a problemas económicos graves de desequilibrio presupuestal, gasto desmedido, reducción de ingresos, rezagos

directos de la Segunda Guerra Mundial, así como poner fin a la contratación sin licitación.

La *igualdad de trato entre todos los posibles oferentes* como tercer principio constitucional complementario al anterior, tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratista, oferente o particular. Así mismo, prohíbe cualquier condición restrictiva a la participación en un concurso o licitación. Este principio llega a tener tanto valor e importancia que permite seguridad jurídica y confianza de las partes.

El cuarto principio se encuentra relacionado con la *publicidad* que se entiende cumplido una vez se permita conocer el procedimiento de contratación por la colectividad. Este principio es conocido como el “llamado a la licitación” lo que se traduce en el anuncio o invitación a conocer las necesidades a satisfacer por parte de la Administración.

La *legalidad o transparencia en los procedimientos* es el quinto principio por medio del cual se garantiza que los procedimientos en la selección del contratista deben estar definidos en forma precisa, cierta y concreta. Si bien, este pretende que luego de su publicación no se modifique o elimine un criterio, sino que las reglas establecidas sean cumplidas, y así asegurar el recto actuar de los operadores o funcionarios públicos.

En cuanto a la *seguridad jurídica* ha sido entendido como un principio concurrente de la legalidad y transparencia en los procedimientos, toda vez que propende por el respeto y cumplimiento de las reglas fijadas en un procedimiento administrativo de contratación.

El *formalismo de los procedimientos licitatorios* ha sido un principio entendido como el que permite que cada etapa del procedimiento se lleve a cabo en estricto apego a lo que disponen las reglas establecidas. Este

contiene tres postulados: a) la oficialidad (se impone a la autoridad administrativa, para obtener la efectiva tutela del interés general) b) el informalismo (ofrece la posibilidad del olvido de las exigencias formales no esenciales y que se pueden cumplir posteriormente, permitiendo a que determinado oferente acredite un elemento, como la acreditación de experiencia, incluso antes de la fecha de apertura correspondiente) y c) la eficacia (se trata de celeridad, sencillez y economía procesal, esto se traduce en garantizar que la administración adjudiquen un negocia a quien mejor pueda responder a una necesidad apegada al interés público).

El principio relacionado con el *equilibrio de intereses* surge por la necesidad en la existencia de un equilibrio entre derechos y obligaciones que se derivan tanto del contratante como de la Administración. La relación que se genera entre sujeto público y privado busca un interés común, por un lado, obtener un lucro, y por el otro colaborar en que la administración alcance su objetivo final. Este principio permitirá que ambos sujetos cumplan lo pactado de la mejor manera.

La *buena fe* es considerada como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, cuyas actuaciones estén sujetas a normas éticas claras, que permitan prevalecer el interés público sobre el personal.

Frente a la *mutabilidad del contrato* relacionado como principio que permite la posibilidad de introducir modificaciones a los contratos, cuya finalidad el fin público asignado. También ha sido llamado “potestades de imperio o hecho del príncipe en el sentido” ya que la normativa aplicable permite modificar las condiciones iniciales de un contrato, cuando se consideren necesario disminuir o aumentar el objeto pactado. Sin embargo, en caso de ser aplicado deberá hacerse conforme otros principios, como la lógica, la razonabilidad, la conveniencia y la justicia, cuya última finalidad sea siempre enmarcada en la tutela del interés público.

El principio denominado *la intangibilidad patrimonial* se encuentra relacionado con el equilibrio financiero del contrato, permitiendo ajustar cualquier impacto negativo originado de las decisiones efectuadas en el mismo. Este principio ha sido llamado por diversos sectores de la doctrina como “reajuste de precios”.

El *control de procedimientos* es un principio que ha sido entendido como aquel que permite la revisión, control o fiscalización de las tareas de la contratación administrativa, del cual se derivan diversos controles como el jurídico, contable, financiero y económico o de resultados. En ese sentido, el primero se relaciona con la necesidad que ninguna de las partes incurra en conductas por fuera de la ley, el segundo garantice la realización de revisiones constantes y sistemáticas a las cuentas que administran fondos y bienes del estado, el tercero permite que aquellas entidades públicas cuya función sea fiscalizar el tesoro público, revise la recepción de ingresos y legalidad del gasto público, y el último pretende garantizar el cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento de los recursos, mediante la realización de una eficiente y eficaz gestión financiera.

En consecuencia, las necesidades del estudio de estos principios de orden constitucional demuestran la importancia de ser observados en los procedimientos de compra estatal, para poder entender la razón por la que se encuentran ligados a los que sean de probidad. En este punto, la pregunta que surge ¿Qué es probidad? ¿Cómo debe ser entendida su aplicación en los procedimientos de contratación administrativa?

Al parecer la definición del término *probidad* no suele ser fácil, pero tiene alguna relación con la aceptación generalizada de ciertos valores, ética, moral o principios de probidad aceptados y pedidos por la misma sociedad.

En ese sentido, la *probidad* es la capacidad que tiene cada persona para guiar sus acciones debido a unos valores, principios o enunciado de arraigo personal, de carácter ético y moral. De lo anterior, surgen dos tipos de compromisos; el primero, que realiza una persona por sí mismo y el que se da en función con la sociedad, ya que desempeña una función pública y exige ciertos deberes respecto a ese entorno.

La referida norma constitucional surgió como resultado de un debate adelantado por la Asamblea Nacional Constituyente en donde se concluyó que el procedimiento rector de la contratación administrativa sería la licitación pública, inclusive definiéndolo como el medio idóneo para la selección del contratante de la Administración, con una finalidad encaminada a ejercer control de la Hacienda Pública y los recursos financieros del Estado. La misma sala Constitucional años más tarde rescató el principio general antes referido en Sentencia 13910 de 2005. (Pág.178)

Frente a esto, Campos Monge advierte que siendo la licitación un instrumento ordenado para la compra o venta de bienes y servicios, causó una obligación en la labor constitucional frente a la aplicación de unos principios constitucionales en la contratación administrativa. Lo anterior, tuvo un origen desde luego en la palabra *licitación* dispuesta en el artículo 182 de la Constitución.

En su breve acercamiento al problema de la corrupción y la incrustación en las instituciones del Estado, reafirma que no es un secreto su existencia, que merma la credibilidad de las democracias y debilita progresivamente la legitimidad de aquellos sistemas “*presuntamente consolidados*”, para intentar solucionarlo propone que utilizando las leyes que ya existen (Según Richelieu) quien 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, con el agravante nefasto de la impunidad entendida en su criterio como la inexistencia -de hecho o de derecho- de quienes han abudado de la contratación pública.

De la lectura juiciosa, el documento tiene como norte, llamar la atención del lector, para la observancia de la contratación pública y sobre cómo la corrupción le afecta.

EL autor define la corrupción como el uso del poder, por parte del funcionario público, para su beneficio mundial, si dejar 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.

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.

El autor antes de presentar la idea principal del texto, presupone no solo la existencia, sino la aplicación de unos principios rectores que si se utilizaran de forma proba (característica que debe estar inmesa en funcionarios públicos y privados), tendría el resultado esperado, que no es otro que el goce del ciudadano de una hacienda Pública mejor administrada.

Antes de ocuparme de la Tesis del autor, llama mi atención su pertinente cita, de Edmund Burke<sup>1</sup> quien señaló: *“El peor error que podemos cometer es no hacer nada, por pensar que es muy poco lo que podemos hacer”*, 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.

El docente CAMPOS MONGE considera que no existe un modelo ideal en el que se garantice la probidad en las compras públicas. Si ello llegare a darse, sería en aquellos casos en los que exista una legislación eficiente y eficaz en beneficio solamente del interés público. Ahora bien, eso tampoco eliminaría la corrupción, debido a los intereses de los sujetos públicos y privados que los conlleve a concretar actos de corrupción.

El autor, concluye que a pesar de que en Colombia cuenta con una legislación que tiene unos elementos y principios acordes de un sistema de

---

<sup>1</sup> Pensamientos o frases célebres que el autor recoge en documento de uso personal. Fue un escritor, filósofo y político, considerado el padre del [liberalismo conservador](#) británico, tendencia que él llamaba *old whigs* (viejos liberales), en contraposición a los *new whigs* (nuevos liberales, de ideas [progresistas](#)), quienes, al contrario de los *old whigs*, apoyaban la [Revolución francesa](#), de la que Burke fue un acérrimo enemigo.



licitación ideal, éste modelo ha demostrado de manera clara y lamentable que no es el más apropiado, como consecuencia de aquellos casos en los que han sido sonados por corrupción.

Finalmente, relaciona unas notas al margen que hacen relación a las normas adoptadas en cuanto a licitaciones por parte de los Bancos multilaterales de desarrollo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Mercantil, normas de Adquisición de la Organización Mundial del Comercio, adopción de leyes nacionales por los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), y la adopción por parte de los Estados Unidos de la Convención Interamericana sobre la Corrupción.

Respecto de las conclusiones en general, el autor resalta la importancia de:

- i)** la compra publica es un tópico que se ubica dentro de los focos más oportunos para la comisión de actos de corrupción.
- ii)** Los procedimientos de contratación administrativa exige la observancia de principios de orden constitucional, que garantizaran el equilibrio de intereses, la seguridad jurídica igualdad, entre otros,
- iii)** La importancia de exigir el cumplimiento de los principios que sustentan los valores éticos o de probidad a los sujetos públicos y privados cuando esté relacionado con la administración pública.
- iv)** La contratación publica es un proceso a diario desarrollado por la administración que entabla un acercamiento directo con la corrupción, ocasionando ciertas implicaciones y correlaciones.

Este trabajo resulta interesante para que estudiantes de derecho, se hagan una idea mas acertada sobre la legislación en el vecino país (Costa Rica).

En definitiva, es una lectura, con un lenguaje sencillo, sin tecnicismos, claro, preciso y concreto que no solo muestra un panorama general de algunos aspectos que gracias a su ausencia en su aplicación contribuyen al

fortalecimiento de la corrupción, sino también logra desde una perspectiva personal, permite al lector reflexionar sobre la importancia de promover e incentivar la necesidad de la búsqueda de políticas, instrumentos o medios idóneos que propendan fortalecer el modelo de contratación administrativa adoptada en Colombia, toda vez, que somos un país en detrimento de la tan anhelada ética, moral y valores, pues el ciudadano y el servidor público aprovecha el poder que le otorga el tener asignado un contrato estatal, para satisfacer un interés propio sin importar el menoscabo del bien común.

\*Fin de la Reseña\*