

Corrupción administrativa en la contratación pública

Administrative corruption in public procurement

Corrupção administrativa na contratação pública

Abelardo Leal-Hernández

Doctorado en Filosofía, Universidad Autónoma De Barcelona. Máster en Derechos Fundamentales y Poderes Públicos, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Docente investigador Universidad Manuela Beltrán, Bogotá, Colombia. alealh@unal.edu.co

FECHA RECEPCIÓN: ABRIL 10 DE 2016

FECHA ACEPTACIÓN: JUNIO 5 DE 2016

Resumen

El presente artículo aborda el fenómeno de la corrupción administrativa, su definición y alcance definido por la doctrina, así como su marco legal, donde se señalan los tipos penales existentes. Igualmente, se indican los factores que la determinan. Al identificarse sus causas, se señalan las consecuencias nocivas que tiene este fenómeno para la sociedad y el Estado, y la forma en que puede combatirse partiendo desde el derecho penal, con la investigación, juicio y condena de esta conducta. Asimismo, se hace énfasis en la necesidad de prevenir el delito desde la toma de consciencia por parte de los funcionarios de utilizar los recursos estatales para sus fines públicos, y con la participación de los ciudadanos ejerciendo control sobre su gestión.

Palabras clave: Corrupción administrativa, tipos penales, erario público, sanción prevención

Abstract

This article deals with the phenomenon of administrative corruption, its definition and scope defined by the doctrine, as well as its legal framework, where the existing criminal types are indicated. Likewise, the factors that determine it are indicated. When identifying its causes, the harmful consequences that this phenomenon has for society and the State are pointed out, and the way in which it can be fought starting from the criminal law, with the investigation, judgment and condemnation of this behavior. Likewise, emphasis is placed on the need to prevent crime from the awareness of officials to use state resources for their public purposes, and with the participation of citizens exercising control over their management.

keywords: Administrative corruption, criminal offenses, public treasury, sanction prevention

Resumo

Este artigo aborda o fenômeno da corrupção administrativa, sua definição e alcance definidos pela doutrina, bem como seu quadro legal, onde são sinalizados os tipos penais existentes. Da mesma forma, os fatores que o determinam. Ao identificar suas causas, são sinalizadas as consequências prejudiciais deste fenômeno para a sociedade e o Estado e a maneira pela qual ela pode ser combatida a partir do direito penal, com a investigação, o julgamento e a condenação desse comportamento. Da mesma forma, enfatiza-se na necessidade de prevenir o crime, com a conscientização de funcionários, de usar recursos estatais para seus propósitos públicos e com a participação de cidadãos exercendo controle sobre sua gestão.

Palavras-chave: Corrupção administrativa, tesouraria pública, sanção prevenção

Cómo citar: Leal-Hernández, A. (2016). Corrupción administrativa en la contratación pública. Revista Criterio Libre Jurídico. 13(2), 97-101. <http://dx.doi.org/10.18041/crilibjur.2016.v13n2.26205>

Introducción

La corrupción administrativa es un fenómeno en el que es incita la participación de la autoridad o el funcionario público. Es preciso, entonces, definir estos dos conceptos a fin de poder avanzar en su estudio. La autoridad pública puede definirse como:

[...]el que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal (art. 24.1 CP). (Rodríguez & Martínez, 2008, p. 39-40).

La autoridad pública, entonces, no es sólo un grupo colegiado, sino todo aquel miembro de éste que ejerza mando u ostente jurisdicción propia capaz de tomar decisiones y expedir actos administrativos. Por su parte, se considera funcionario público, según lo consagra el Código Penal español, a *“todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2CP)”* (Rodríguez y Martínez, 2008, p. 41).

1. Corrupción y contratación pública

La corrupción administrativa, en materia de contratación pública, está relacionada con la desviación del cumplimiento de las exigencias legales del cargo hacia el beneficio propio del funcionario respectivo, cuyo deber es obrar de acuerdo con dichos cánones teniendo como objetivo la satisfacción de los intereses generales, porque maneja recursos públicos y no puede apropiárselos: *“existe corrupción en la contratación administrativa cuando hay un uso desviado del poder público en beneficio del propio funcionario, o de alguna organización, partido político o empresa comercial a la cual se encuentra vinculado”*. (Rezzoagli, 2005, p. 57).

Los funcionarios públicos ostentan la facultad de tomar decisiones que inciden en los administrados de manera positiva o negativa. La posibilidad de incurrir en corrupción administrativa depende del cargo del funcionario, como del monto dinerario que se administre (representado en licitaciones que deba adjudicar o en contrataciones que deba hacer porque así lo requiera con el fin de realizar obras o servicios que demande la sociedad):

En el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración pública, nos encontramos con la toma de decisiones por las autoridades correspondientes (por ejemplo: adjudicar un contrato público de suministro a una determinada empresa o sociedad mercantil). Decisiones que, en el ámbito público, deben estar conducidas por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, con el ánimo de satisfacer los intereses generales. No obstante el problema se origina cuando esa decisión deja de ser imparcial debido a la presión de determinados intereses privados que pretenden verse beneficiados con tal elección, lo cual altera las reglas de las contrataciones públicas, dado que el contratista adjudicado puede no suponer la mayor calidad o el menor costo, o bien que ni siquiera cumpla los requisitos establecidos en la Ley, provocando una disminución de la eficiencia en la asignación de los recursos públicos (Rezzoagli, 2005, p. 56-57).

Las autoridades administrativas, representadas a su vez por funcionarios públicos como presidentes de Juntas, alcaldes, miembros de los Ayuntamientos, etc., deben ceñirse a los principios consagrados en la Ley que a su vez emanan de la Constitución Española, como son la transparencia, la igualdad o no discriminación, la economía y la objetividad, con el fin de tomar la decisión más adecuada en materia de contratación de un servicio u obra o la ejecución de un proyecto determinado, de manera que dicha decisión redunde en el beneficio general. La decisión no debe favorecer la opción que ofrezca el menor precio de entrada, si no reúne los requisitos de calidad y eficiencia necesarios, pero sí debe atender a él en el sentido de que, si hay dos ofertas con la misma calidad, tiempo de ejecución y requisitos solicitados, y una representa un precio inferior a la otra, pues debe escoger la que ostente el menor precio.

La corrupción consiste, entonces, en pasar por encima de estos principios para satisfacer un interés personal, de manera directa o indirecta o por interpuesta persona. Ello implica, entonces, arbitrariedad en la toma de la decisión y el rompimiento del principio de igualdad, puesto que no van a ser tratadas de la misma forma todas las ofertas recibidas, teniendo alguna o alguna prelación sobre otras sin que medien en principio razones técnicas o el cumplimiento de los requisitos exigidos o que deben observarse para la lícita adjudicación del contrato.

Las decisiones desviadas de los funcionarios transgreden los principios administrativos y constitucionales. Al violar la ley en esta materia, también pueden incurrir en vulnerar la ley penal:

Estas decisiones corruptas en la contratación pública suelen coincidir con las distintas modalidades de los delitos de tráfico de influencias, o de cohecho, el cual por lo general consiste en el cobro de comisiones a cambio de la adjudicación de contratos a determinadas empresas; comisiones que terminan en las arcas del funcionario público, o se emplean en la financiación ilegal de agrupaciones políticas, un problema endémico íntimamente asociado a la corrupción en la contratación administrativa (Rezzoagli, 2005, p.57).

2. La corrupción contractual pública en el código penal

Los delitos relacionados con la administración pública, requieren que el funcionario cometa la conducta lesiva en ejercicio de sus funciones propias del cargo, aunque hay también delitos, como el cohecho, que puede ser cometido por particulares o por personas

que no siendo funcionarios públicos administren dineros de esta naturaleza.

El cohecho es uno de los delitos que en materia de contratación administrativa suelen presentarse, puesto que implica la concesión de licitaciones o contratos a ciertas empresas o grupos económicos determinados a cambio de dádivas o sobornos que son recibidos, o solicitados, por los funcionarios para su propio beneficio. Este delito se encuentra consagrado en el artículo 419 del Código Penal, el cual señala que:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

Con la tipificación de este delito se busca proteger el correcto funcionamiento de la Administración y el manejo de los recursos del Estado, bajo un marco de imparcialidad y ética en las actuaciones, pues la acción de un funcionario o funcionarios también comprometen la imagen del Estado democrático; la jurisprudencia del Tribunal Superior ha expresado que: *“Con el delito de cohecho se protege el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público encomendado”* (TS, sentencia de 29 de abril de 1995).

Es importante indicar que el cohecho es un delito al cual se le impone una pena principal, esto es, privativa de la libertad, y una accesoria o dineraria. El cohecho no requiere de la consumación del acto, la sola intención de recibir o solicitar la dádiva configura el delito:

La conducta típica consiste en solicitar o recibir, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptar ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, constitutivo de delito. Debe tenerse en cuenta que las modalidades de cohecho se caracterizan porque no requieren la efectiva realización del acto acordado como contraprestación de las dádivas o presentes, pues únicamente se precisa que el funcionario manifieste su intención de actuar parcialmente, de mediar una remuneración (Rodríguez & Martínez, 2008, p. 235).

El cohecho puede ser propio, de personas que desempeñan ocasionalmente funciones públicas, cometido por un particular, o puede ser impropio, dentro del cual hay dos modalidades: solicitud de la propia autoridad o funcionario, o admisión de la dádiva por la autoridad o funcionario. Los artículos 425 y 426 definen estos delitos. Así, el primero señala que:

1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

Es importante indicar que este artículo señala un nuevo elemento, como es la configuración del delito, aunque el acto ya se haya realizado; sería entonces posterior a la consumación del mismo, lo que conlleva el aumento de las penas, tanto la principal como la accesoria:

El CP incorpora, por primera vez, el cohecho subsiguiente (...). En estos casos se sanciona desde el punto de vista penal la remuneración posterior de un acto injusto, penal o administrativo, con el fin de dar una cobertura mayor al bien jurídico protegido en este tipo de delitos, evitando que una actuación de un particular suponga un enriquecimiento del funcionario o la autoridad que, motu proprio, dicta una resolución injusta. Por ello, este tipo será de aplicación cuando no se ha conseguido acreditar que la recompensa o promesa se ha ofrecido con anterioridad a la comisión del delito o al dictado de la resolución injusta. (Rodríguez & Martínez, 2008, p. 266).

Por su parte, el artículo 426 del CP, consagra la modalidad de cohecho impropio que consiste en la admisión de la dádiva por la autoridad o funcionario por ejecutar un acto o tomar una decisión propia de su cargo o no prohibida:

La autoridad o funcionario público que admitiera dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses (Rodríguez & Martínez, 2008, p. 266).

Como se puede apreciar, se penaliza la aceptación de dádivas que se ofrecen en consideración a la función de la autoridad o funcionario público, como también la aceptación de dádivas con el fin de conseguir un fin no prohibido, es decir que:

[...] aunque la dádiva sea prometida o entregada por una actividad debida, la incidencia sobre la propia función

pública es demasiado grande para no actuar en consecuencia, porque afecta, de forma directa, a la propia formación de la voluntad administrativa y a la instrucción de cualquier procedimiento. (Rodríguez y Martínez, 2008, p. 267).

Otro delito relacionado con la corrupción administrativa en la contratación pública es la prevaricación, por cuanto cuando un funcionario otorga un contrato a determinada empresa o entidad sin el cumplimiento de las normas que rigen la contratación, a sabiendas de que las está infringiendo, se configura el delito mencionado, al expedir la resolución o acto administrativo que soporta la toma de la decisión ilícita. Este delito está tipificado en el artículo 404, que expresa:

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Mediante este delito se pretende proteger el bien jurídico del correcto ejercicio de la función pública, conforme a los dictados y principios constitucionales que la rigen.

El tráfico de influencias, por su parte, representa otro delito común en la corrupción administrativa a nivel de contrataciones, puesto que supone la actuación o influencia de un funcionario sobre otro para que éste tome una decisión que le favorezca a él (el agente activo) o un tercero, que puede ser una empresa oferente para que ésta gane una licitación determinada o se celebre con ella un contrato de compraventa o de otro tipo. El artículo 428 del CP consagra este delito:

El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Se busca tutelar el bien jurídico de la correcta Administración pública y de sus recursos. Así que no sólo hay un componente punitivo, sino ético. Los funcionarios públicos son agentes del Estado y por ello deben cumplir con sus principios y mandatos fijados en la Constitución y las leyes. No es necesario que se produzca la decisión o resolución del funcionario sobre el cual se ejerce influencia o presión derivada de su subordinación al agente del delito; al ser un delito de peligro, basta con que se efectúe dicha influencia, dicha conducta desviada para buscar incidir en la toma de cierta decisión que beneficie intereses privados y no públicos.

Los funcionarios públicos tienen un régimen de inhabilidades e incompatibilidades que no les permite celebrar contratos ni participar en licitaciones con las entidades donde trabajan ni con otras entidades de carácter público; si su nivel de participación en la empresa oferente o contratista rebasa el 10%:

[...]los miembros del gobierno y altos cargos de la AGE no podrán tener- por sí o junto con su cónyuge e hijos dependientes y personas tuteladas- participaciones superiores a un diez por ciento en empresas que tengan conciertos o contratos con el sector público. Esta norma [...] se orienta a atajar el conflicto en que se hallaría el alto cargo cuyos intereses personales dependieran de decisiones que hubieran de adoptar el Gobierno o la Administración en materia de contratación. (García, 2001, p. 153).

El artículo 436 del CP presenta otro delito estrechamente relacionado con el tema en estudio, el cual “*tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que se aproveche de su intervención en contrataciones o liquidaciones públicas, para defraudar a la administración pública*”. (Castro & González, 2007, p. 144).

El bien jurídico tutelado es el tesoro público. Se castiga el aprovechamiento de una posición privilegiada para defraudar a la administración, máxime teniendo en cuenta que las licitaciones y contrataciones persiguen o deben perseguir un fin común, que es el beneficio de los administrados, y no el interés personal. No sólo se afecta el tesoro público, sino también las obras o servicios que requieren los administrados, es decir, se lesionan sus intereses.

El artículo 439 del CP, consagra el delito que se configura al no informar el funcionario en determinado asunto o contrato, debiendo hacerlo, para participar en él y obtener beneficios para sí directa o indirectamente. El citado precepto establece:

La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Este delito, denominado *aprovechamiento de funciones para facilitar la participación*, busca tutelar el principio de transparencia en la función pública, como también el de imparcialidad en la celebración de contratos, otorgamiento de licitaciones, ejecución de cláusulas, etc. Se hace para poner límite y penalizar, si se produce, la participación indebida de funcionarios en este tipo de

contrataciones, en las cuales les está prohibido participar en razón de sus cargos y funciones. Además, para proteger el derecho a la igualdad que tienen los otros oferentes y personas naturales o jurídicas a conocer la información de determinada licitación o convocatoria u otro asunto de su interés.

El artículo 442 del CP, consagra igualmente el abuso de la información privilegiada por parte de un funcionario público o sujeto activo, sin ser necesario que exista un tercero que le entregue dádiva o lo soborne (diferenciándose en esto del cohecho). Sin embargo, puede producirse un asomo de concurso con el delito consagrado en el artículo 436, cuando funcionarios públicos- los sujetos activos:

(...) abusen de información privilegiada que conocen por razón de su cargo relativa a contrataciones o liquidaciones públicas. Así, por ejemplo, cuando el agente conoce por su condición funcional las ofertas presentadas por terceros que concurren a la adjudicación de un contrato público, y cede o utiliza esa información para presentar, generalmente, a través de terceros o en concurrencia de éstos, una oferta mejor. En tal caso, la autoridad o funcionario público posee información privilegiada de la que se aprovecha en beneficio propio o de un tercero (Castro y González, 2007, p. 144-145).

Este aparente concurso de delitos entre el señalado en el art. 436 y el del art. 442, se zanja a favor del delito tipificado en el primero cuando se trate de contrataciones o licitaciones públicas, por el principio de especialidad. Sin embargo, el artículo 442, que penaliza el empleo de información privilegiada por parte del funcionario público, impone una pena más alta y por tanto sería más idónea su aplicación cuando se trate de licitaciones públicas donde medie el uso privilegiado de información, puesto que así se protegería con mayor fuerza el bien jurídico tutelado, que son los recursos públicos de los administrados.

Conclusión

La corrupción administrativa es común en las contrataciones públicas, por las gruesas sumas de dinero que manejan los funcionarios y las entidades públicas donde se desempeñan o presiden. Pero no basta con que exista una penalización positiva, ni que el Tribunal de Cuentas ejerza la fiscalización respectiva en ejercicio de sus funciones, que se asemejan a las de un órgano constitucional- y que tiene carácter consultivo-, pues en esta etapa ya el delito se puede haber cometido.

La gestión de estos funcionarios debe ser controlada o revisada con cierta periodicidad y se deben rendir informes con mayor frecuencia, además de establecer veedurías y auditorías con peritos que den fe de su adecuada o anómala gestión. Y algo que es de igual o mayor relevancia, que los funcionarios cuenten con personal capacitado para estudiar las mejores ofertas de contratación, no sólo por su precio sino por el prestigio, calidad de trabajo, desempeño y ejecución final del producto, obra o servicio solicitado, por parte de la empresa o consorcio oferentes.

Estos tópicos, junto con la toma de consciencia de que la función pública implica un compromiso frente a los intereses de los administrados, podrían llevar a enfrentar con mayor éxito el fenómeno de la corrupción administrativa en materia de contratación pública.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses

Referencias Bibliográficas

1. Castro Moreno, A. y Otero González, P. (2007). El abuso de información privilegiada en la función pública. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch.
2. Ministerio de Justicia. (1997). Código Penal Español. Madrid, España: Ed. Trivium.
3. Delgado Gil, A. (2008). Delitos cometidos por funcionarios públicos. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch.
4. García España, E. (2006). El premio a la colaboración con la justicia, especial consideración a la corrupción administrativa. Granada, España: Ed. Comares.
5. García Mexía, P. (2001). Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea. Navarra, España: Ed. Aranzadi.
6. Rezzoagli, B. A. (2005). Corrupción y contratos públicos. Salamanca, España: Ed. Universidad de Salamanca.
7. Rodríguez López, P. y Sobrino Martínez, A. (2008). Delitos contra la administración pública. Barcelona, España: , Ed. Bosch.
8. Rodríguez Puerta, M. J. (1999). El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios. Pamplona, España: Ed. Aranzadi.
9. Sancinetti, M. (1994). El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.