

MIRKO A. MALDONADO-MELÉNDEZ
MARTHA A. BRINGAS GÓMEZ

LA INTEGRIDAD, EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

MANUAL PARA FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS



LA INTEGRIDAD, EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA
ADMINISTRACIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Manual para funcionarios y servidores públicos

MIRKO A. MALDONADO-MELÉNDEZ
MARTHA A. BRINGAS GÓMEZ

LA INTEGRIDAD, EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

MANUAL PARA FUNCIONARIOS
Y SERVIDORES PÚBLICOS



GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste N° 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

**LA INTEGRIDAD, EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN
EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS**
Manual para funcionarios y servidores públicos

© **Mirko A. Maldonado-Meléndez**
© **Martha A. Bringas Gómez**
© **Gaceta Jurídica S.A.**

Primera edición: diciembre 2020
1410 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2020-09437
ISBN: 978-612-311-773-3
Registro de proyecto editorial
31501222000602

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Lucy Morillo Olivera

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Diciembre 2020
Publicado: diciembre 2020

*A nuestras familias, por su impulso
y su aliento constantes en todos
nuestros esfuerzos*

*A nuestro colega, el Dr. Mario Cabrera
Huertas, por sus valiosos aportes y por su
amistad incondicional*

PRÓLOGO

Con mucho gusto escribo este prólogo para el libro de Mirko Maldonado-Meléndez y Martha Bringas Gómez sobre la integridad, el buen gobierno y la buena administración en la contratación pública, preparado como manual para funcionarios y servidores públicos que se desempeñan en la gestión y la administración de la contratación pública, por varias razones poderosas. Porque, por una parte, los conozco desde hace algunos años y sé que trabajan y luchan por una Administración Pública más íntegra y honesta y porque el conjunto de la actividad administrativa esté presidido por los principios de la ética, por una Administración íntegra, compuesta por personas íntegras. Y, en segundo término, porque son profesores universitarios de Derecho Público con profundos conocimientos de la realidad administrativa, lo que los hace especialmente aptos para redactar este libro, en forma de manual, dedicado y dirigido a los funcionarios y los servidores públicos, en buena medida responsables de la limpieza y la ética, que deben ser compatibles con la eficacia, de la misma contratación pública.

Este manual, de gran importancia para la mejor preparación de funcionarios y servidores que laboran en el trascendental ámbito de la contratación pública, dada la relevancia del tema, invita a reflexionar sobre aspectos tan cruciales en el tiempo en que estamos, de emergencia sanitaria, acerca de la ética, la integridad, las políticas públicas y la contratación; y, lo que me parece más importante, en qué consiste y cómo se puede concretar y materializar un buen gobierno y una buena administración de la contratación en el sector público.

Como sabemos, la Administración Pública está al servicio objetivo de los intereses generales, que desde esta perspectiva se nos presentan como un concepto jurídico indeterminado que en un Estado social y democrático de derecho aparece vinculado a la realización efectiva de la libertad solidaria. Si la Administración Pública sirve objetivamente a los intereses generales como persona jurídica, los agentes o empleados singularmente considerados deben distinguirse, también, por el servicio objetivo a la comunidad en su trabajo profesional ordinario de gestión pública, cualquiera que sea su posición en la maquinaria administrativa, lo que marca una impronta ética que es sustancial a toda la actividad administrativa.

Ese servicio al interés general ha de ser objetivo, pues tras la victoria del principio de juridicidad y el ocaso de la visión subjetiva en el ejercicio del poder, hoy emerge una nueva forma de concebir el ejercicio del poder de signo objetivo. Este, por obvias razones, quizá porque la condición humana sigue siendo la misma que hace dos milenios, requiere de temple, de moderación, de equilibrio, de control y de sensibilidad

social, pues, de lo contrario, el poder aparece en clave de fuerza racionalizada en lugar de ser un instrumento para promover la justicia y el interés general.

En este sentido, podemos definir la ética, en términos generales, como ese conjunto de principios y normas morales que regulan las actividades humanas de acuerdo con la recta razón, de tal manera que es la primera entre todas las ciencias prácticas. Más que como una reglamentación, debe entenderse como la fuente de las cualidades, la disposición al hábito moral y la adecuación personal al ideal humano. En el caso de la función pública, también en el marco de la contratación pública, el funcionario y el servidor público han de realizar su trabajo siempre al servicio objetivo del interés general.

La idea de servicio al público es el fundamento constitucional de la Administración y debe conectarse con una Administración Pública que presta servicios de calidad y que defiende, protege y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Una Administración que se mueva en esta doble perspectiva debe ser una Administración compuesta por personas íntegras, convencidas de que la calidad de los servicios que se ofertan, ordinariamente tras los pertinentes procesos de contratación pública, tiene mucho que ver con el trabajo bien terminado y con la necesidad de encontrar –cuando así sea menester– los intereses legítimos de los ciudadanos en los múltiples expedientes que hay que resolver. Contribuir a la Administración moderna que demanda el Estado social y democrático significa, en última instancia, asumir el protagonismo de sentirse responsables, en función de la posición que se ocupe en el engranaje administrativo, de sacar adelante los intereses generales.

La ética pública, en la que la integridad es muy importante, transita por la siempre compleja frontera entre la Ley y el Derecho. La ética hace referencia a valores objetivos que trascienden a la persona y que hacen referencia al comportamiento de los individuos. Es más, la ética supone la existencia de unos valores que van más allá del Derecho. Ahora bien, a los funcionarios y los servidores públicos, como a los ciudadanos, les conviene que estén tipificadas las faltas de servicio y que se distingan de las faltas personales porque no todo en la función pública puede reducirse a derechos. Por eso, es importante delimitar los ámbitos respectivos del Derecho y de la ética, aunque, eso sí, no pueden ser compartimentos estancos. Pero es también necesario recordar que en el mundo del Derecho existe toda una serie de principios entre los que los derechos fundamentales no son los menos importantes, que han permitido, o deben permitir, que el ordenamiento jurídico discurra siempre por una senda de profundo respeto al hombre.

El Derecho es insuficiente para cubrir toda la actuación del funcionario y para remediar los perjuicios de lo que no es conforme a los cánones del buen gobierno, de la buena administración, sobre todo en un contexto de creciente complejidad en el que la eficacia debe estar integrada en la legalidad y en los valores del servicio público. De ahí la cada vez más evidente necesidad de una ética pública que debe configurarse como una “ética de máximos”, fundada en principios o declaraciones universales que deben servir de guía para la reflexión, la comprensión moral y la actuación pública,

en contraposición a una “ética de mínimos” basada en la mera formulación negativa de lo que no se puede hacer.

Los principios éticos para la acción administrativa no deben ser contemplados como restricciones para la actividad pública. No. Deben ser interpretados como garantías para una mejor gestión pública y como una oportunidad importante para que los ciudadanos sean más conscientes de que la Administración es una función de servicio y que únicamente busca la satisfacción de los intereses colectivos. Tal y como demanda una buena administración en la contratación pública. En este sentido, los principios de ética pública deben ser positivos y capaces de atraer al servicio público a personas íntegras, con vocación para gestionar lo colectivo.

Como es sabido, han sido muchos los estudiosos que han tratado de sintetizar los principios esenciales de la ética pública. La lista a la que a continuación hago referencia es una más de estas listas (en este caso un decálogo), cuyos principios pertenecen al sentido común y traen su causa de las exigencias de la integridad en el servicio público.

En primer lugar, los procesos selectivos para el ingreso en la función pública deben estar anclados en el principio del mérito y la capacidad. Y no solo el ingreso, sino la carrera administrativa. En segundo lugar, la formación continuada que se debe proporcionar a los funcionarios y los servidores públicos ha de ir dirigida, entre otras cosas, a transmitir la idea de que el trabajo al servicio del sector público debe realizarse con perfección. Sobre todo, porque se trata de labores realizadas en beneficio de la comunidad. En tercer lugar, la llamada gestión de personal y las relaciones humanas en la Administración Pública deben estar presididas por el buen tono y una educación esmerada. El clima y el ambiente laboral han de ser positivos y los funcionarios deben esforzarse por vivir cotidianamente ese espíritu de servicio a la colectividad que justifica la propia existencia de la Administración Pública.

En cuarto lugar, la actitud de servicio y de interés hacia lo colectivo debe ser el elemento más importante de esta cultura administrativa. La mentalidad y el talante de servicio, en mi opinión, se encuentran en la raíz de todas las consideraciones sobre la ética pública y explican, por sí mismos, la importancia del trabajo administrativo. En quinto lugar, debe destacarse que constituye un importante valor deontológico potenciar el sano orgullo que provoca la identificación del funcionario con los fines del organismo público en el que trabaja. Se trata de la lealtad institucional, que constituye un elemento capital y una obligación central de una gestión pública que aspira al mantenimiento de comportamientos éticos. En sexto lugar, conviene señalar que la formación en ética pública debe ser un ingrediente imprescindible en los planes de formación para funcionarios públicos. Además, deben buscarse fórmulas educativas que hagan posible que esta disciplina se imparta en los programas docentes previos al acceso a la función pública. Y, por supuesto, debe estar presente en la formación continua del funcionario. En la enseñanza de la ética pública, debe tenerse presente que los conocimientos teóricos de nada sirven si no calan en la praxis del empleo público. Por eso, Mark Lilla escribió, no hace mucho tiempo, que la vida moral del funcionario es mucho más que enfrentarse con supuestos delicados; se trata de adquirir

un conjunto de hábitos operativos que le caractericen como un auténtico servidor público, como un gestor de intereses colectivos que busca su instauración en la sociedad.

En sétimo lugar, conviene resaltar que el comportamiento ético debe llevar al funcionario y al servidor público a la búsqueda de las fórmulas más eficientes y económicas, en el marco del servicio objetivo al interés general, para llevar a cabo su tarea. En octavo lugar, la actuación pública debe estar guiada por los principios de igualdad y no discriminación. Además, la actuación conforme al interés público debe ser lo “normal” sin que sea moral recibir retribuciones distintas a la oficial, que debe ser digna, establecida en el organismo en que se trabaja. En noveno lugar, el funcionario y el servidor público deben actuar siempre como tales, como servidores del interés general, y no deben transmitir información privilegiada o confidencial. El funcionario, el servidor público, como cualquier otro profesional, debe guardar el silencio de oficio, debe ser discreto, como lo es un abogado con lo que conoce de sus clientes o como un médico que debe preservar las historias clínicas de sus pacientes.

En décimo y último lugar, el interés general en el Estado social y democrático de derecho se encuentra en facilitar a los ciudadanos un conjunto de condiciones que hagan posible su perfeccionamiento integral y les permitan un ejercicio efectivo de todos sus derechos fundamentales. Por tanto, los funcionarios deben ser conscientes de esa función promocional de los poderes públicos y actuar en consecuencia.

La administración y la gestión pública del presente y del futuro deben discurrir por los parámetros de la buena administración. Es verdad que las exigencias de la sociedad sobre la Administración Pública traen consigo, en este momento de profunda crisis, un cambio notable en el comportamiento y en la dedicación profesional, sobre todo, de los administradores y los gestores públicos. Este es un cambio que reclama un nuevo compromiso con los valores y el *ethos* de la democracia.

En este sentido, es menester que quien participa en la dirección y la rectoría de los asuntos públicos adquiera los hábitos democráticos y, por consiguiente, tenga muy claro en su actuación la centralidad de los derechos fundamentales de la persona. El derecho a la buena administración va en esta dirección y reclama mayor objetividad en la toma de decisiones, mayor intensidad en la defensa de los derechos de los ciudadanos, más transparencia, más control y, sobre todo, una más proactiva rendición de cuentas.

Al final, la clave estará en la preparación del personal, en la dimensión ética del trabajo de los funcionarios y los servidores públicos. Si hay buenas leyes, pero no personas preparadas y convencidas de la necesidad de su recta implementación, las cosas seguirán como hasta ahora. Por eso, insisto, la clave está en las personas, en las que dirigen en la administración y la gestión pública y en las que son destinatarias de los bienes y los servicios públicos.

Las instituciones, las categorías y los conceptos del Derecho Administrativo del Estado social y democrático de derecho deben estar enraizados en la suprema dignidad del ser humano y en los derechos fundamentales que de ella dimanar. La promoción de las condiciones que hagan posible la libertad solidaria de los ciudadanos vincula

intensamente al Derecho Administrativo y a la misma Administración Pública. Hasta el punto que, hoy todavía, a pesar del tiempo en que estamos y del modelo de Estado en el que vivimos, el Derecho Administrativo y la Administración Pública tienen un desafío pendiente: convertirse a fondo a los parámetros y los vectores centrales de un modelo de Estado que patrocina indefectiblemente un compromiso permanente con la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. La contratación administrativa, como instrumento de política pública que es, juega un papel en esta tarea tan relevante y debe ser concebida, en esta dirección, al servicio objetivo del interés general, o, lo que es lo mismo, pensando en cómo mejorar las condiciones de vida de todos los ciudadanos.

En efecto, el régimen jurídico de la contratación administrativa debe estar diseñado para que los ciudadanos, usuarios de los bienes públicos y los servicios públicos que se prestan por las autoridades, puedan disponer de bienes y servicios de calidad que les faciliten la vida y que les permitan vivir en las mejores condiciones posibles. Por eso, la simplificación de los procedimientos, la rendición de cuentas de prestadores de servicios y de constructores de obras e infraestructuras, la planificación del procedimiento y la racionalización del gasto son exigencias de diseñar los contratos en función de las necesidades de interés general de las personas y no al revés.

Los derechos fundamentales de libertad, los clásicos derechos civiles y políticos y también los derechos fundamentales sociales, aquellos destinados a asegurar condiciones de vida digna a los ciudadanos, vinculan a los poderes públicos y marcan el ambiente en el que discurren las categorías centrales del Derecho Administrativo. Así, el Derecho Administrativo es el Derecho que regula el poder público para la libertad solidaria de las personas; y la Administración Pública, una organización de servicio objetivo y permanente al interés general, que ahora se nos presenta siempre en forma concreta, motivada y orientada a la realización y la efectividad de todos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La Administración Pública actúa ordinariamente de forma unilateral y en ocasiones acude a la sociedad para reclamar una colaboración de las iniciativas privadas sociales que permitan prestar servicios públicos o construir infraestructuras públicas para mejorar la calidad de vida de las personas. Para cumplir sus fines, también en materia de contratación, la Administración Pública precisa realizar su tarea de forma adecuada y pertinente, sirviendo permanente y objetivamente al interés general.

En este sentido, es fundamental, para que la Administración cumpla sus fines constitucionales, que el procedimiento de contratación sea sencillo, transparente, eficaz y eficiente, y que permita seleccionar al operador que esté en mejores condiciones para que la obra o el servicio público sean dignos de sus usuarios. Obviamente, para ello, los presupuestos deben estar bien definidos, y el personal de la Administración bien formado desde el punto de vista técnico y también ético. Y también es necesario usar las nuevas tecnologías con las máximas garantías de seguridad y de control.

La buena administración, además de principio general de actuación administrativa y de obligación inherente a los poderes públicos, es un derecho fundamental

de los ciudadanos. Un derecho fundamental a cuyo través se pueden promover los derechos fundamentales de los ciudadanos y así posibilitar a cada persona un espacio de dignidad propio de la condición humana.

Siendo como es la contratación pública, además de una categoría medular del Derecho Administrativo, un relevante instrumento o medio de política pública tendiente a mejorar el nivel de vida de los ciudadanos, resulta que su realización desde la perspectiva de la buena administración plantea preguntas e interrogantes que necesitan ser analizadas por nuestra disciplina. Por una poderosa razón: si el Derecho Administrativo está vinculado por los postulados del Estado social y democrático de derecho, y este trae causa de la dignidad del ser humano y de sus derechos fundamentales, las categorías que jalonan esta rama del Derecho Público hoy deben ser explicadas y construidas desde nuevos esquemas, desde nuevas premisas que trasciendan los dogmas del Estado liberal que doten de mayor sensibilidad social al Derecho Administrativo.

En este sentido, una buena redacción de los pliegos, de manera que sean claros, precisos y concretos, ayuda sobremanera a una buena administración del contrato. En el mismo sentido, una adecuada selección del contratista basada en razones sólidas o una administración de la ejecución del contrato en la que la potestad de modificación se use de forma razonable y al servicio objetivo del interés general son expresiones reales de una buena administración, una buena administración que en materia contractual es especialmente importante, pues de ella depende en buena medida que la ciudadanía pueda disfrutar de bienes y servicios que contribuyan verdaderamente a la mejora de las condiciones de vida de las personas.

Una buena administración del contrato reclama, como es lógico, planeación estratégica y, por su supuesto, racionalidad en el gasto. Es necesario prever con tiempo el objeto de los contratos y preparar muy bien las referencias y las demás fases del procedimiento, especialmente la ejecución. La Unión Europea lleva trabajando años en el tema y las sucesivas directivas que ha aprobado van en esta dirección, a pesar de las resistencias numantinas que encontramos en procedimientos antidiluvianos, con farragosos y oscuros pliegos, con una proverbial improvisación, con una ausencia alarmante de racionalidad en muchas adjudicaciones y, sobre todo, ante el dominio de la política en la gestión del tiempo de adjudicación y, en ocasiones, de la ejecución del contrato.

Una buena administración del contrato público reclama, en el marco más amplio, el servicio a la comunidad, a la ciudadanía, una gestión integrada y articulada que parte de la sencillez, la simplicidad, la eficiencia, la eficacia y la racionalidad. Una racionalidad que, además de plantear nuevas formas de afrontar técnicamente esta cuestión, reclama una digna y exigente motivación de las adjudicaciones y de todas aquellas decisiones en las que está en juego la discrecionalidad o la capacidad de apreciación de los entes públicos. Es más, en esta materia nos jugamos la legitimidad y el prestigio de la contratación pública.

La eficiencia, por su parte, exigencia de la racionalidad, significa buscar resultados efectivos con el mínimo coste y significa también rigor en las cuentas. Las apelaciones

a la eficiencia en las reformas de la contratación pública son constantes. Valga, por ejemplo, lo afirmado por la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en el Plan de Acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, del 13 de diciembre de 2004, al resaltar que esta modalidad de contratación está destinada a lograr una mayor eficiencia en la contratación misma y en la gobernanza.

La experiencia a nivel mundial enseña que es menester contratar mejor, contratar con arreglo a los parámetros de una buena administración. Para ello, es menester comprar mejor y a mejor precio, buscando el mejor servicio o la mejor infraestructura para los ciudadanos. En este sentido, debe mejorarse la transparencia, buscar la mejor solución para la ciudadanía de acuerdo con los recursos disponibles, lograr el mejor resultado en el plazo más breve posible, facilitar la competencia, la igualdad y la máxima publicidad, un mayor compromiso con la integridad con todos los actores del procedimiento licitatorio y, finalmente, que se produzca una adecuada rendición de cuentas con el fin de que los ciudadanos estén enterados del comportamiento del sistema y, si no están conformes, puedan expresar sus inquietudes o críticas más allá de los recursos pertinentes.

En este punto, es capital la orientación al resultado desde el punto de vista del coste beneficio y el gobierno. Obviamente, no se trata de un coste beneficio medido únicamente desde la rentabilidad económica para la Administración, pues también se trata de que la calidad de la obra o el servicio sea satisfactoria para los ciudadanos. En cualquier caso, la orientación al resultado, en un marco de servicio objetivo al interés general, supone subrayar y enfatizar la planificación, la gestión y el control de la contratación pública. Desde este planteamiento, que debe superar el hiperformalismo actual producto del ambiente de sospecha general sobre el operador de la contratación pública, hay que centrarse en la oportunidad, efectividad, calidad e impacto positivo de las contrataciones aplicando también, porque es complementario, instrumentos modernos de control y auditoría. Sin previsibilidad, planeación, gestión y rendición de cuentas, no hay buena administración de la contratación.

Por estas razones, entre otras, hay que buscar las mejores fórmulas que garanticen que el presupuesto del contrato se ejecute no de cualquier forma, sino desde soluciones adecuadas y óptimas según las necesidades y las características del mercado atendiendo a las necesidades de los ciudadanos.

Una buena administración de la contratación reclama que quienes intervienen en esta materia dispongan de conocimientos adecuados, especiales, y puedan actuar con objetividad porque dispongan de estabilidad profesional. La administración, en este sentido, debe contar con expertos que estén en condiciones de evaluar la calidad, los riesgos, de analizar cuestiones logísticas, de conocer las características y las tendencias de los mercados, así como las mejores técnicas de planificación, gestión y evaluación.

En una buena administración, el procedimiento se ordena a la mejor solución posible. Por eso, en este tiempo proliferan fórmulas de adquisición consolidadas como los convenios marco como método ordinario para adquirir bienes y servicios

de uso común o general, sin especiales especificaciones o indicaciones. Formas de adjudicación que, obviamente, reducen sustancialmente las adjudicaciones directas a los supuestos establecidos.

La estandarización de las adquisiciones públicas ha crecido exponencialmente, pues en ciertas compras públicas, masivas y previsibles, la seguridad jurídica y la búsqueda de las mejores ofertas reclama procedimientos de esta naturaleza. La estandarización, además, supone que todas las entidades públicas adquieren bajo el mismo sistema aprovechando economías de escala, simplificando los procedimientos, estableciendo hábitos de comparación de eficacia y eficiencia y, sobre todo, facilitando la rendición de cuentas. Así se puede fomentar la transparencia y, con ella, el sistema en su conjunto adquiere relevancia y legitimación.

Las nuevas tecnologías, qué duda cabe, simplifican la tarea. Simplifican el procedimiento de contratación, ayudan a mejorar los tiempos de adjudicación y permiten, si no se manipulan, una mayor transparencia y publicidad en todos los trámites.

En este contexto de racionalización que supone una buena Administración Pública, además de una regulación razonable y sostenible, es fundamental una intensa y extensa especialización y profesionalización del personal que labora en las unidades de contratación de los entes públicos, pues, en los tiempos que corren, es esencial, partiendo de una buena legislación, un sólido conocimiento técnico, ya que la capacidad gerencial y la experiencia son cada vez más relevantes para acertar en la mejor solución integral.

Los ciudadanos tienen una función bien relevante en la definición, el análisis, la implementación, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas. Han dejado de ser sujetos inertes que pasivamente recibían servicios y prestaciones públicas. Ahora, en el Estado social y democrático de derecho, deben ser protagonistas, sujetos activos, personas que participan en la determinación y la configuración del interés general. En la contratación pública, por ejemplo, los usuarios de los servicios o de los bienes públicos deberían periódicamente opinar sobre su calidad y su funcionamiento por elementales exigencias de la calidad que debe acompañar a toda la gestión pública.

El ciudadano, la persona, el usuario del servicio público o de la obra pública es el centro del sistema y, por ello, el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio a la entera sociedad.

La transparencia es, desde luego, una característica que debe acompañar a toda la gestión pública, también a la contratación pública, uno de los principales desafíos del buen gobierno y de la buena administración. Por una parte, porque la transparencia es una exigencia de calidad democrática y, por otra, porque el derecho fundamental ciudadano a una buena administración incluye expresamente el derecho de los ciudadanos a que Gobiernos y Administraciones Públicas, estatales, autonómicos y locales, sean transparentes en su actividad y en la forma en que implementan las políticas públicas.

En democracia, los poderes del Estado residen en el pueblo y se realizan por y para el pueblo. El pueblo es el soberano y encomienda la gestión y administración de lo público a unos representantes que tienen la obligación de dar cuentas de su gestión y su administración a la ciudadanía en forma constante, transparente y argumentada. El gobierno y la administración del espacio público deben servir con objetividad al interés general promoviendo las condiciones precisas para el libre y solidario ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas.

La transparencia es —y debe ser— un hábito propio que ha de presidir la actuación de los diferentes entes públicos y, por ello, de las personas físicas que en ellos laboran. También, por supuesto, debe regir la actuación de todas las organizaciones y las instituciones que realizan actividades de interés general o que utilicen o manejen fondos públicos en sus actividades. Por una razón bien sencilla: como el pueblo es el dueño y señor, el soberano, de los fondos públicos, es lógico que todos los organismos y las organizaciones que administren estos recursos, sean administraciones, partidos, sindicatos, patronales o, entre otros, ONG, concesionarios de servicios públicos o cualesquiera otra forma de organización que reciba dinero público, se rijan por la publicidad y la concurrencia en materia contractual, y por el mérito y la capacidad en la selección de personal.

La buena administración trae consigo la necesidad de prevenir la corrupción en la contratación, pues, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, es una de las causas, junto al urbanismo y la financiación de los partidos políticos, que desencadena esta lacra social que solo en 2014 se cobró 120 000 millones de euros en el Viejo Continente. En este sentido, las nuevas directivas comunitarias aprobadas en 2014, especialmente la número 24, regulan exhaustivamente los conflictos de intereses y establecen reglas y principios dirigidos a promover y facilitar la integridad en todas las fases de la contratación, desde la preparación, hasta la adjudicación, con especial hincapié en la ejecución. Es decir, la buena administración en la materia exige medidas preventivas y sancionadoras de las prácticas ilícitas que se producen, lamentablemente, en grado creciente en este tiempo.

La lucha contra la corrupción pública o, si se quiere desde un punto de vista positivo, la promoción de los valores de la ética pública, concita el estudio y la investigación de numerosos analistas y profesores que proponen aproximaciones, reflexiones, consideraciones, también medidas concretas, que puedan detener el paso a ese gigante que no cesa en su empeño de teñir de suciedad y oscuridad el mundo político, administrativo y empresarial.

Si admitimos la existencia de un derecho fundamental de la persona, un derecho humano a una buena Administración Pública, caracterizada por la justicia, la equidad, la imparcialidad y la racionalidad, entonces la perspectiva de análisis de la corrupción va a depender del grado de percepción social de este fenómeno y de las posibilidades reales de reacción general de la ciudadanía ante los ilícitos penales y administrativos que se perpetren, por acción u omisión, en la actuación de los funcionarios públicos y autoridades políticas. Esta es, me parece, la dimensión central del problema. Si el pueblo no tolera la corrupción, la batalla estará ganada, tarde o temprano. Pero si la

corrupción no es más que el reflejo de una sociedad enferma y la población consiente más o menos con estas prácticas, entonces la medicina no es sencilla; por ello, para ganar la batalla, es menester que crezca el temple y la cultura cívica de la ciudadanía.

La corrupción ha aumentado en los últimos tiempos a causa de los problemas de financiación de los partidos políticos y, en el ámbito público, debido al aumento de una discrecionalidad administrativa sin controles eficaces, especialmente en materia de contratación administrativa. Tenemos que defendernos de la instauración de una cultura de la corrupción que parte de tolerar la llamada “corrupción blanca”, para fines personales, y la “gris”, para el partido o el grupo al que se pertenece. Además, la fragilidad de las leyes de incompatibilidades, la proliferación de normas, la falta de compromiso personal de los dirigentes, y la prevalencia de la eficacia en la Administración Pública sobre el servicio son factores que facilitan esta temible cultura de la corrupción. Los ámbitos más propicios para la corrupción, como sabemos, son aquellos en los que prima la discrecionalidad: planeamiento urbanístico, concesiones de servicios públicos y contratación administrativa en general.

Los resultados de la lucha contra la corrupción aconsejan, hoy más que nunca, explorar la virtualidad operativa de las denominadas técnicas preventivas y precautorias para detener esta terrible lacra social que, poco a poco, carcome los fundamentos de la vida democrática y nos conduce a una pérdida inquietante del temple cívico de la población. En efecto, junto a la perspectiva represora y sancionadora, es conveniente indagar acerca de las posibilidades de la autorregulación regulada más allá de visiones exclusivamente punitivas también en materia de contratación pública.

La formación de los empleados públicos en los valores del servicio objetivo al interés general debe acompañarse del sólido compromiso de las empresas y sus dirigentes con la efectiva realización y cumplimiento de obligaciones atinentes a la limpieza de la contratación, evitando conductas ilícitas y, sobre todo, esto es lo más importante, asumiendo programas de *compliance* previos a la contratación y planteando, cuando sea el caso, en supuestos de prohibición o exclusión para contratar, de exigentes compromisos de *self-cleaning*, de autosaneamiento, que realmente garanticen la actuación empresarial con arreglo a exigentes criterios deontológicos.

Las medidas para combatir la corrupción en la contratación pública, como es bien sabido, se han desarrollado de manera significativa en los últimos años tras la constatación de ser este uno de los sectores más proclives a la proliferación de prácticas ilícitas. Los incumplimientos más graves de los deberes de objetividad e imparcialidad en la búsqueda del interés general son merecedores de reproche penal y de su condena pueden derivarse consecuencias administrativas tales como impedir adjudicar un contrato público a quienes hayan sido condenados por determinados delitos. Ahora bien, con independencia de la perspectiva punitiva, necesaria, un marco integral de lucha contra la corrupción exige, además, poner el acento en la prevención. Por ello, las acciones a emprender desde la normativa contractual deben centrarse en un enfoque preventivo que vincule tanto a la administración como al ámbito empresarial y que evite el desvío de fondos públicos hacia intereses privados espurios.

Una regeneración en la gestión de los recursos públicos se debe llevar a cabo desde una mayor formación e independencia de las personas encargadas de la adjudicación contractual, pero también fomentando medidas de autorregulación que incrementen los controles internos en las propias empresas poniendo obstáculos a posibles conductas ilícitas. Esta posibilidad se encuentra refrendada por la OCDE y expresamente autorizada en los países anglosajones que se muestran favorables a considerar los programas de cumplimiento normativo (*compliance*), los códigos internos de comportamiento ético y la adopción de pactos de integridad en las compras públicas.

La lucha contra la corrupción debe plantearse de forma integral. Desde la perspectiva punitiva y, también, dado el éxito de las políticas represoras, desde la prevención. La prevención de esta terrible lacra social invita a elevar la temperatura ética de la vida social, para lo cual es menester, desde luego, trabajar a fondo en los ámbitos educativos y familiares. Y, en el campo del combate a la corrupción en el marco de la contratación pública, a la vista de lo experimentado estos últimos años en diferentes países y ordenamientos, parece conveniente incluir como criterio de clasificación para las empresas contratistas acreditar sólidos programas de cumplimiento.

Querido lector, en este libro, en este manual, tienes muchas reflexiones muy pertinentes sobre la importancia de la integridad en la contratación pública, sobre la buena administración y el buen gobierno en la contratación pública. Nos jugamos mucho en el buen manejo de la contratación pública, no solo prevenir la corrupción. Sobre todo, si gestionamos bien los contratos públicos, pondremos a disposición de los ciudadanos obras públicas y servicios públicos que mejorarán indudablemente la calidad de vida de las personas. Por eso, es tan importante esta política pública. Por eso, es tan importante este libro, este manual, que han escrito Mirko Maldonado-Meléndez y Martha Bringas Gómez. El Perú bien se lo merece.

La Coruña, 5 de noviembre de 2020

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA

Catedrático y director del Grupo de Investigación
de Derecho Público Global de la Universidad de La Coruña
Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo