

# Apuntes acerca de la corrupción en las contrataciones administrativas, con especial referencia a la República Argentina

*Mirian Mabel Ivanega*

**Abstract:** Apuntes de la corrupción en las contrataciones administrativas. Con especial referencia a la República Argentina - Corruption in the Argentine Republic transits complex paths; Recent judicial investigations with political, economic and social consequences that can not yet be determined, have revealed the existence of a corrupt system of paying bribes to public officials whose main center has been administrative hiring. In the present article, after considering some statistics that indicate substantial problems in the fight against corruption and briefly recount the main facts and acts investigated, the rules related to the ethical demands and the reforms implemented regarding conflicts of interest will be discussed. in the administrative contracting and the responsibilities of legal persons.

**Keywords:** Corruption; Impunity; Administrative contracts; Conflicts of interest; Ethics; Corrupción; Impunidad; Contrataciones administrativas; Conflictos de intereses; Ética.

## I-Introducción

### I.1-Estadísticas de la realidad

Referirse a la corrupción es aludir a variadas manifestaciones de la conducta humana, caracterizadas por la ambición, el egoísmo, la inmoralidad, la traición, el engaño, el descaro, la soberbia.

En definitiva, “la corrupción, mal que nos pese, es una realidad. Una amarga y lamentable lacra que ha caracterizado, en determinados momentos con más intensidad que en otros, la vida del hombre desde su aparición en el planeta”. En la esfera personal y en el ámbito colectivo, aquella pasa a ser connatural a la condición humana tal como manifiesta la historia. A nivel internacional, se convirtió en una amenaza no solo para la actividad política, sino incluso para la seguridad: el crimen organizado, le terrorismo o el narcotráfico son manifestaciones de ello. Bien se ha señalado que gobiernos y empresas

transnacionales, subestimaron la corrupción en sus políticas e inversiones generándose una situación de corrupción sistémica de difícil solución, funcional a los gobernantes<sup>1</sup>.

En términos de Transparencia Internacional (TI) “la corrupción sistémica y la desigualdad social se refuerzan recíprocamente”, ambas forman un círculo vicioso que genera “el reparto desigual del poder en la sociedad y desigualdad en la distribución de la riqueza”.

En ese sentido, es indudable que los sectores más pobres son los más afectados por la corrupción, porque limita, deteriora y destruye los bienes públicos que son esenciales para la comunidad.

Si este flagelo causa efectos negativos en la economía y el desarrollo de un país y en la vida de las personas su sociedad, la impunidad termina por agravarlos, sumando una importante cuota de descreimiento social que afecta las raíces mismas del Estado Constitucional de derecho. En el caso argentino, la demora excesiva en la tramitación de los procesos y la ausencia de condenas penales han sido una las formas de esquivar las responsabilidades y de beneficiar a funcionarios y particulares.

El informe de la auditoría realizado por el Cuerpo de Auditores del Consejo de la Magistratura de la Nación, vinculada a causas de corrupción, que fuera dada a conocer a mediados del 2018, indica que durante el período 1996-2016 solo se resolvieron en juicio oral el 50% de las causas que se tramitaron en los tribunales judiciales. A su vez, casi un 20% de expedientes llevaban tramitados más de seis años – y hasta diez- sin ser resueltos. El 32% de los funcionarios fue absuelto y un tercio de ellos se benefició por la prescripción de la acción, debido a la demora en la instrucción de las investigaciones por parte de los jueces de primera instancia.

Los delitos investigados fueron los de estafa y defraudación en perjuicio de la Administración Pública, cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles y enriquecimiento ilícito, entre otros.

La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), una ONG argentina, ha sostenido enfáticamente que la impunidad de la corrupción se transformó en un lugar común. “Los jueces prácticamente no dictan condenas por actos de corrupción y, cuando hay sentencias, no suelen involucrar a quienes ocupan u ocuparon cargos de alta jerarquía en el Estado o empresas privadas”.

Conforme a estudios de esa Asociación, las causas de estas situaciones son variadas: desde el déficit de independencia judicial (jueces y fiscales se encuentran demasiado comprometidos con el poder político y económico, y por lo tanto son susceptibles de ser presionados) hasta la ausencia de demandas firmes de persecución y sanción de la corrupción.

Desde esas circunstancias, en el intento de dar a conocer el estado de los procesos judiciales por corrupción, de facilitar fuentes sobre esos casos y abrir un espacio de denuncia generando una instancia para que, quienes trabajen en el Poder Judicial puedan

---

<sup>1</sup>J. Rodríguez Arana Muñoz, *La Directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción en El combate a la corrupción desde la perspectiva del derecho administrativo*, Universidad de Guanajuato, México 2016, p. 327/356.

denunciar irregularidades de manera confidencial, se conformó el Observatorio de Causas de Corrupción, una plataforma online que permite conocer las principales investigaciones, quiénes son los funcionarios investigados, el juez y fiscal a cargo, el tiempo que lleva abierta, los principales avances y las demoras en su tramitación<sup>2</sup>.

Otra Organización con un trabajo intenso en la materia es Poder Ciudadano, que desde 1993 se constituye como el Capítulo Argentino de Transparencia Internacional.

En el último tiempo, ha considerado la necesidad de insistir en la introducción de modificaciones para evitar la debilidad del sistema judicial y reducir el margen de arbitrariedad de los actores en el proceso ante la justicia. En ese sentido, propone:

- El dictado, por parte del Poder Judicial, de normas o códigos de ética
- La reformulación del Consejo de la Magistratura de la Nación
- La provisión de información pública en forma efectiva
- Que el presupuesto del Poder Judicial sea público, tanto en su confección como en su aplicación efectiva y que los patrimonios de los funcionarios sean sólidamente justificados.
- La necesidad de regular el lobby
- La publicidad de los mecanismos de designación de interventores, administradores, síndicos o tasadores en procesos judiciales
- La institucionalización de las auditorías judiciales

Coincidimos en que resulta ineludible, reforzar las instituciones encargadas de controlar la lucha contra la corrupción, pues es “en el marco de instituciones bien diseñadas, robustas y adecuadamente fiscalizadas que los índices de corrupción descenderán”<sup>3</sup>.

Por eso, la preocupación por la ausencia de eficacia en el ámbito judicial, obligó a generar información fehaciente sobre la situación de los procesos con el objeto de diseñar nuevas estrategias para mejorar el sistema judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, no estuvo ajena a esta realidad y si bien ya había creado en el año 2014 un Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración, en el 2018 decidió conformar en el ámbito del Cuerpo de Auditores Judiciales, una dependencia con competencia para efectuar el relevamiento, supervisión, control del funcionamiento, de gestión y auditoría de los tribunales y demás órganos de la administración de justicia que le encomiende la Corte (Acordada 1/2018).

Las estadísticas indican el grado de corrupción presente en la República Argentina, que obtuvo treinta y nueve (39) puntos sobre cien (100) posibles en el Índice de Percepción de Corrupción (ITC) de Transparencia Internacional 2017 (medición de la percepción de la corrupción en el sector público) ubicándose en el puesto 85 entre los 180 países analizados.

---

<sup>2</sup> [www.acijj.org.ar](http://www.acijj.org.ar)

<sup>3</sup> [www.poderciudadano.org](http://www.poderciudadano.org) (Lucha contra la corrupción).

Si bien se obtuvieron tres (3) puntos más respecto del 2016, aún se encuentra entre los países percibidos como altamente corruptos. Argentina comparte el puesto ochenta y cinco (85) con países como Benín, Kosovo, Kuwait, Islas Salomón, y Suazilandia.

En el plano regional, ocupa el puesto 16 sobre 31 países de toda América: Canadá es el percibido como menos corrupto, mientras que Venezuela se ubica en el otro extremo (puesto 169).

El relativo avance en los índices en el último año obedeció al dictado de determinadas leyes como la del Colaborador Eficaz (“arrepentido”), la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de reglamentos sobre conflictos de intereses. A eso se sumó la reactivación de causas judiciales vinculadas a delitos de corrupción y a la asunción de compromisos en el ámbito del Grupo de los 20 o G-20, que cuenta con un espacio específico -Grupo de Trabajo Anticorrupción- y cuya finalidad principal es apoyar a los Estados en la adopción de políticas públicas vinculadas a ese tema, desde tres ópticas complementarias: prevención, investigación y sanción. En ese ámbito, la Argentina se comprometió a implementar determinados instrumentos de gestión relacionadas, por ejemplo, con la integridad en las contrataciones públicas; con la protección de denunciantes de casos de corrupción, entre otros.

A partir de esta breve descripción es evidente que, en el país, las causas y los efectos de la corrupción involucran factores de diversa naturaleza que complejizan su análisis, pues además de los indicados se suman los de naturaleza constitucional como la estructura federal con las consecuentes relaciones que se establecen entre la nación y las provincias, y las competencias de los poderes judiciales. Los tipos de instrumentos y mecanismos utilizados que han favorecido las conductas corruptas (vgr.: las contrataciones públicas); la jerarquía de los funcionarios públicos involucrados y el rol que ha tenido el empresariado argentino, son otros componentes consustanciales que contribuyen a su complejidad.

Por esta razón, estudiar la corrupción argentina puede llevar a indagar en un universo enrevesado que incluye diferentes hechos delictivos, procesos judiciales, organismos administrativos, sujetos comprometidos, herramientas normativas, judiciales y administrativas.

Desde la óptica del derecho administrativo, los estudios doctrinarios sobre la corrupción se basan principalmente en el “deber ser” de la actuación pública, es decir en los principios de ética pública, transparencia pública, acceso a la información, la denominada buena administración y el rol de determinados organismos de control no judicial.

Sin embargo, el análisis sustancial del tema está concentrado en el derecho penal y en las investigaciones de la justicia penal competente, algunos de cuyos ejemplos se relatarán a continuación.

En consecuencia, en esta oportunidad hemos solamente de referirnos a los supuestos específicos de conflictos de intereses en la contratación administrativa -luego de una breve descripción de los hechos ilícitos de mayor trascendencia actualmente investigados en el ámbito del Poder Judicial- y al contexto normativo dictado en los dos últimos años, aplicable a la Administración Pública Nacional, ya que a nuestro criterio configuran un instrumento de prevención necesario para retomar el camino de la legitimidad.

## **I. 2-Aclaraciones acerca del sistema judicial federal**

Es imposible comprender la realidad argentina sino se comienza por aclarar que nos encontramos ante un país federal.

El artículo 1 de la Constitución Nacional consagra que la nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, coexistiendo tres órdenes definidos: la nación, las provincias (dentro de éstas de los municipios sin perjuicio de su autonomía constitucional) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los vínculos entre ellos son de subordinación (los ordenamientos locales deben ajustarse al federal), de participación (que se presente en la intervención de las provincias en decisiones del gobierno nacional, por ejemplo, mediante la Cámara de Senadores) y de coordinación (ya que las competencias son distribuidas y compartidas en algunos casos).

Al lado de esa coexistencia se presentan los poderes judiciales: el nacional que ejerce jurisdicción en todo el territorio, y el provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se ejercen en cada uno de esos ámbitos.

La llamada jurisdicción federal es la facultad que se le confiere al Poder Judicial de la Nación para administrar justicia según los siguientes parámetros: por la materia, por la investidura del sujeto, por el lugar. Es de excepción, taxativa y no puede ampliarse, es de orden público constitucional y por lo tanto imperativa, improrrogable e irrenunciable

También existe una división en razón de la materia: son los fueros civil, comercial, penal laboral, contencioso-administrativo, de seguridad social.

Ahora bien, existe un importante casuismo a la hora de determinar la intervención de un juez federal y ello es comprobable en el fuero penal, pues si bien algunas normas establecen en forma precisa la justicia competente para cada delito, ello no es uniforme ya que no existe un marco jurídico general que describa en forma completa todos los delitos con el detalle de la justicia que debe intervenir.

Lo cierto es que, a los fines del presente estudio, cabe indicar que la investigación de determinados delitos categorizados como “corrupción”, son competencia de la justicia federal.

Las figuras típicas encuadradas en esa noción son las llevadas a cabo por funcionarios públicos y por los particulares en determinados supuestos penales, por ejemplo, enriquecimiento ilícito, omisión maliciosa de datos en declaraciones juradas patrimoniales, negociaciones incompatibles con la función pública, exacciones ilegales, cohecho activo y pasivo, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias activo y pasivo, fraude en perjuicio de la Administración Pública, violación de deberes del funcionario. También se suelen incorporar los de lavado de dinero de origen delictivo, peculado, soborno internacional, utilización de información y datos reservados con fines de lucro.

## **II- Apuntes acerca de las situaciones de corrupción en las contrataciones administrativas**

Un análisis ecuánime de las contrataciones administrativas muestra que en ellas se entrelazan objetivos políticos, económicos, sociales, recursos públicos y regulaciones, configurando un conjunto interrelacionados de elementos, es decir un real sistema.

Es innegable que tales contrataciones constituyen un pilar fundamental de la prestación de servicios para los gobiernos, por el gran volumen de gasto que representa, que gobernados con eficiencia pueden y deben desempeñar un papel importante para fomentar la eficiencia del sector público y a su vez establecer la confianza de los ciudadanos. "Los sistemas de contratación pública bien diseñados también contribuyen a alcanzar objetivos políticos urgentes como la protección del medio ambiente, la innovación, la creación de empleo y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas"<sup>4</sup>.

En esa línea argumental, los mecanismos para combatir la corrupción se enrolan en las consignas de la "gobernanza estratégica" considerada en la Recomendación OCDE de 2015 como aquella que: a) apoya la asignación adecuada de los recursos públicos mediante la utilización de la contratación pública como una herramienta estratégica; b) permite una mayor eficiencia en el gasto público, por ejemplo un ahorro del 1% representa 43 mil millones de euros al año en los países de la OCDE; c) mitiga los riesgos como la ineficiencia y la corrupción.

Esas sugerencias basadas en los principios fundamentales de la Recomendación del año 2008 sobre el fortalecimiento de la integridad en la contratación pública, reflejan el rol esencial que debe desempeñar la gobernanza de la contratación pública para lograr la eficiencia y promover los objetivos de las políticas públicas.

438

En definitiva, la contratación pública es una suma de complejidades, realidades y políticas que trascienden las fronteras de un país y que ha obligado a que organizaciones internacionales se involucraran directamente a través de directivas y recomendaciones, enfatizando la eficiencia y la transparencia.

Por ello, ética pública y contratación administrativa "deben" conformar una unidad no solo en términos normativos-formales, sino fundamentalmente en un sentido teleológico.

En ese marco, los principios generales de concurrencia, igualdad, transparencia, eficacia, buena fe, responsabilidad, entre otros, configuran un bloque informador del contrato administrativo cuyo cumplimiento conforman su dimensión ética. La valoración a partir de esta perspectiva, debería permitir detectar cuando la contratación de instrumento de política pública con una finalidad de interés general, pasa a convertirse en un centro de corrupción.

La República Argentina no ha sido ejemplo en tal sentido, los hechos que se describirán a continuación reflejan un entramado kafkiano de corrupción.

## II.1-El caso de los "cuadernos de la corrupción"

El país se encuentra ante uno de los fenómenos más trascendentes desde el punto de vista de la investigación judicial de actos de corrupción.

---

<sup>4</sup> <https://www.oecd.org>

En los últimos meses ocupó un lugar preminente en los medios de comunicación, nacionales e internacionales, el caso judicial denominado “cuadernos de la corrupción”, “de las coimas” o “Gloria gate” -nombre que refiere a la marca de tales cuadernos- que se vincula principalmente con los sobornos pagados en las contrataciones administrativas.

Considerado el escándalo de corrupción más importante de la historia argentina, las investigaciones judiciales aún no tienen límites definidos ni tiempos previsibles, por las sumas millonarias, la cantidad de sujetos involucrados y la red de ilícitos cometidos.

En enero de 2018, un periodista de uno de los medios de prensa escrita más importante del país, recibió una cantidad de cuadernos que contenían información detallada vinculada al pago de sobornos a funcionarios públicos. El contenido de aquellos y la descripción que contenían motivó que tan relevante información, fuera puesta en manos de la justicia. Comienza así, la mayor investigación de corrupción cuyas derivaciones pueden multiplicarse a partir de la modificación del Código Penal por la ley del “arrepentido”.

Los cuadernos (ocho en total) contenían anotaciones manuscritas del chofer de quien fuera un alto funcionario del Ministerio de Planificación de la Nación, con un detalle puntilloso de fechas, domicilios, reuniones, cifras movimientos y nombres de funcionarios y empresarios que regularmente eran trasladados por aquel, entregando y/o recepcionando bolsos o valijas que supuestamente contenían dinero.

La minuciosidad con que se registraron los datos y las referencias específicas que posteriormente fueron corroboradas por la justicia, ha puesto en jaque a los políticos y los empresarios que se encontraban unidos en una red corrupta vinculada, principalmente, con los contratos de obra pública y el sector energético.

A partir de una verdadera asociación ilícita, según información periodística el pago de sobornos a ex-funcionarios públicos para obtener la adjudicación de obras y la cartelización de empresas, implicaba una ganancia para los funcionarios (el “retorno”) que podía oscilar entre el 10% y el 20% del total presupuestado para la obra. Ese porcentaje terminaba siendo sumado al precio del contrato celebrado con el Estado, a fin de que el contratista pudiera resarcirse del costo extra de la “coima” entregada.

Como un verdadero “tsunami”, importantes empresas argentinas y sus altos ejecutivos terminaron admitiendo la conformación de un “club de la obra pública” y el sobredimensionamiento de costos en las contrataciones.

Más allá de la trascendencia que tuvieron dichos cuadernos, la figura del arrepentido, constituyó también una fuente principal de información para investigar esos caminos sinuosos de la corrupción, ya que los involucrados ofrecieron a los fiscales de las causas judiciales descripciones del vasto sistema de sobornos durante más de diez años a partir de 2003. Esa modalidad, fue producto de dos leyes, 27.304 -que modificó el Código Penal permitiendo que partícipes o autores de determinados delitos brinden información o datos precisos comprobables y verosímiles, durante la tramitación del proceso en que sean parte- y 27.401 -responsabilidad penal de las personas jurídicas-.

Esta brevísima referencia, es una muestra de la complejidad que conlleva la lucha contra la corrupción.

Las contrataciones administrativas han sido el instrumento principal de ese flagelo, produciéndose en la actualidad una verdadera incertidumbre respecto a la continuidad de contratos en ejecución sospechados de irregulares por la forma en que se concretaron originariamente, así como por la celebración de nuevos acuerdos con empresas cuyos directivos se encuentran privados de su libertad o por lo menos procesados. Ni siquiera el modelo contractual de participación público-privada (aplicado principalmente a las concesiones viales) pudo sortear las consecuencias de las investigaciones.

A pesar de este panorama, hay una tendencia positiva respecto a establecer reglas contractuales más transparentes y cumplir con las exigencias de organismos internacionales.

De esta forma, al progreso de los procesos judiciales se sumó la sanción de una serie de normas destinadas a prevenir actos de corrupción y también a facilitar la investigación administrativa y judicial, en el ámbito de las contrataciones administrativas.

### **III - Conflictos de intereses en la contratación administrativa**

#### **III.1-Los regímenes básicos.**

En el caso de la República Argentina, a nivel nacional, las contrataciones se rigen básicamente por el Decreto Delegado N° 1023/01 (Régimen General para la compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional; incluyendo obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias) y las leyes 13.064 de Obra Pública, 17.520 de Concesiones de Obra Pública (para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peajes) y 27.328 de los Contratos de Participación Público-Privado.

Con relación al tema que nos convoca, interesa destacar algunos de los artículos del Decreto 1023/01 de aplicación también a las obras públicas en la medida que no se opongan a la ley específica que las rige.

El artículo 3° establece que los principios generales a los que debe ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas son:

- “a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado;
- b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes;
- c) Transparencia en los procedimientos;
- d) Publicidad y difusión de las actuaciones;
- e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones;
- f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con

la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden”.

A su vez, el artículo 9 regula que “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas”.

La presencia de actos corruptos es causal determinante del rechazo de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato; en tal sentido el artículo 10 consagra que tales conductas son las que se configuran como dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que:

a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato, hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) o para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con tal competencia, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; c) cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con esa competencia, con el objeto de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

Son considerados sujetos activos de esta conducta, quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.

Este esquema demuestra que desde el 2001 existían normas específicas destinadas a prevenir y sancionar situaciones que pudieran afectar la transparencia de las contrataciones y constituir violaciones a la ética pública. Sin embargo, ellas no fueron suficientes para evitar los circuitos irregulares a los que se sometieron los actos contractuales de mayor significatividad económica.

### **III.2-Situaciones de conflictos de intereses de los funcionarios públicos**

Uno de los ámbitos que más afecta los valores éticos en la gestión pública y que destruye principios tan importantes como la imparcialidad y la objetividad, es el conflicto de intereses.

La regulación específica de estas situaciones, incluso por organizaciones internacionales, se enmarca en la llamada "juridización" de la ética pública.

Cabe recordar que la inclusión de la ética o la moral en la agenda de las democracias está orientada a la búsqueda de valores o parámetros de corrección, con el objetivo de servir de orientaciones básicas para el comportamiento humano en la sociedad.

En cada comunidad y momento histórico, la conducta del hombre, en cuanto ser libre que decide, se rige por una serie de normas y principios de distinta fuerza y naturaleza obligatoria.

Las sociedades asumen como propios una serie de valores porque los considera base de la convivencia civilizada. El hombre se sujeta, así, a los usos y costumbres sociales y a las leyes y reglamentos que dicta el Estado, pero también se siente obligado por ciertas normas que no se imponen en forma coactiva, que no son coercibles.

"La validez de la norma no depende de una autoridad externa que la dicta y la aplica, sino que su valor intrínseco". Aquella "juridización" se presenta por el creciente y expandido fenómeno de la corrupción política en todos los ámbitos de la vida pública, realidad que ha llevado a crear "oficinas de ética" y sancionar "códigos de ética" que dotan normas propias del ámbito de la moral de la fuerza obligatoria y coercible, típicas de las normas jurídicas. Este fenómeno "es la respuesta al reclamo social de mayor transparencia y honestidad en la actividad pública". Tal proceso comprende dos tipos de normas jurídicas: las que apuntan a la prevención de la corrupción, fijándose reglas y estándares de conducta y la creación de organismos con competencia para interpretar, aplicar y controlar su cumplimiento y las que se dirigen a penalizar la penalización de conductas<sup>5</sup>.

Justamente los conflictos de intereses tienen un especial protagonismo porque se muestran como una parte común y habitual de la corrupción.

En esos casos, entre organizaciones privadas y públicas se tejen tramas complejas que ponen en riesgo principalmente a la función pública (referida a todos los poderes estatales) por afectarse principios tales como la independencia, la objetividad, la buena fe y la igualdad de trato.

En este punto, es interesante recordar que la Oficina de Ética Pública de las Naciones Unidas, explica que los riesgos de conflicto de interés pueden presentarse en dos niveles: el institucional y el personal. En el primer caso, con motivo del resultado de otras actividades o relaciones, una organización no puede prestar servicios imparciales o su objetividad se ve o puede verse afectada. También se configura cuando la organización tiene una ventaja competitiva injusta. La otra situación, es aquella en la cual el conflicto surge del interés personal del sujeto, es decir cuando los intereses privados de una persona interfieren o puede entenderse que interfieren, con el cumplimiento de sus funciones<sup>6</sup>.

Si bien no siempre tales conflictos importan una conducta irregular por parte del funcionario, resulta imprescindible conformar mecanismos de prevención y de solución ante su configuración, en particular por la percepción que tiene la sociedad de los funcionarios públicos.

Efectivamente, pesa sobre éstos una "desconfianza generalizada", que obliga a articular instrumentos que favorezcan la transparencia, entre ellos los vinculados a las situaciones mencionadas.

---

<sup>5</sup> D.M. Ferreira Rubio, *Ética Pública y prevención de la corrupción en Corrupción y Transparencia-Informe 2016/2017 de Poder Ciudadano*, EUDEBA, Buenos Aires, 2017, p.151/170.

<sup>6</sup> <http://www.un.org/es/ethics/disclosure>

Sin embargo, es necesario separar el conflicto de sus efectos; la sola posibilidad de su configuración es reprochable, con independencia de si ello produjo o no un perjuicio concreto a la organización, a otro funcionario o a un ciudadano. La preservación de los valores éticos en el ámbito público, obliga a regular y sancionar la presencia de aquel, sin perjuicio de la existencia de otras responsabilidades (patrimonial, penal).

Frente a esas situaciones, quien actúa sabiendo que no lo puede hacer, comete una irregularidad que deberá ser objeto de la sanción correspondiente.

Dentro de los instrumentos aplicados para prever y controlar los conflictos de intereses, se encuentra el deber a cargo de los funcionarios de presentar declaración de las actividades y cargos (en los sectores públicos y privados) desarrollados antes o concomitantemente con el desempeño de la función.

#### **IV-Normas de ética, conflictos de intereses y responsabilidad<sup>7</sup>**

##### **IV.1-Ley 25.188**

Si bien es una ley sancionada en el año 1999, las figuras y comportamientos por ella regulados amerita su referencia.

Esta norma sigue los lineamientos de la Convención Interamericana contra la Corrupción, habiendo reformado el Código Penal al introducir nuevas figuras delictivas y modificar otras, como por ejemplo el cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública, omisión en la presentación de declaraciones juradas patrimoniales, etc.

Regula los deberes, las prohibiciones las incompatibilidades en la que podían incurrir todos aquellos que se desempeñaran en la función pública del Estado, incluyéndose como obligados a empleados y funcionarios en todos sus niveles y jerarquías, permanentes o transitorios, por elección popular, designación directa, por concurso o cualquier otro medio legal, extendiéndose a magistrados.

Este amplio ámbito subjetivo de aplicación, la convirtió en una ley marco que sirvió de base para otras normas de transparencia y para que cada Poder estatal dictara reglamentaciones complementarias, por ejemplo, las relacionadas con el acceso a la información pública.

De su texto destacamos, que quien se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas debe: a) renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo, b) abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en

---

<sup>7</sup> La Constitución Nacional de 1994, incorporó el artículo 36 que, en su parte pertinente, regula: *...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.* En esa disposición no aparece claramente tipificado el delito de corrupción, dejándolo librado a la reglamentación legal.

cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres años o tenga participación societaria.

Aun cuando esa norma revistió especial importancia y constituyó en su momento un avance significativo en la materia, tampoco constituyó un instrumento idóneo para prevenir, detectar, controlar y castigar los actos de corrupción.

Por eso, la realidad también superó al contexto legal cuya ineficacia obligó a reglamentar situaciones en las que se viera afectada la confiabilidad de la gestión de los funcionarios públicos.

Se tratan de dos decretos del Poder Ejecutivo Nacional con un común denominador: prevenir que se produzcan actos de corrupción.

#### **IV.2-Los decretos 201/17 y 202/17**

El primero de los decretos regula los conflictos que pueden derivarse del vínculo entre las máximas autoridades nacionales (Presidente de la Nación, Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros o Ministros del Poder Ejecutivo Nación o autoridad de igual rango) y algunas de las partes –sus representantes legales o letrados patrocinantes- de un proceso judicial de un organismo o entidad del Sector Público Nacional<sup>8</sup>.

Si bien no regula en forma directa las modalidades de contrataciones administrativas, éstas pueden verse afectadas cuando esos procesos tienen por objeto conflictos entre la Administración Pública y contratistas. De presentarse las situaciones que regula, el Estado Nacional tendrá que estar representado y/o patrocinado en forma directa por la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>9</sup>, pues las autoridades mencionadas deben abstenerse de tomar cualquier tipo de intervención en aquel caso.

---

<sup>8</sup> Conforme al artículo 8 de la Ley 24.156 el Sector Público Nacional “está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.”

<sup>9</sup> La Procuración del Tesoro de la Nación es el máximo organismo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional y de los altos funcionarios de la Administración Pública Nacional. Además de dictaminar sobre las cuestiones jurídicas sometidas a su competencia, representa y patrocina al Estado Nacional en juicios de relevante significación económica o institucional, cuando el Presidente lo decida

En el supuesto de Ministros y autoridades equivalentes, la relación con las partes debe darse en procesos que tramiten en su órbita o ámbito de su competencia.

Los supuestos de vinculación que generan la limitación mencionada son:

- a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad;
- b) Sociedad o comunidad;
- c) Pleito pendiente;
- d) Ser deudor o acreedor;
- e) Haber recibido beneficios de importancia;
- f) Amistad pública manifestada por gran familiaridad y frecuencia en el trato;
- g) En el caso de las personas jurídicas, cualquiera de los vínculos anteriores respecto a un director, accionista o socio que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas.

Con el objeto de transparentar situaciones conflictivas en esos términos y para asegurar la debida defensa de los intereses públicos involucrados en los procesos, se pone a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación obligaciones tales como:

-defender al Estado Nacional, asegurando los máximos estándares de fundamentación, difusión y transparencia, para “evitar toda duda o prevención de la ciudadanía acerca de la recta e inequívoca gestión en favor del interés público en todos los casos contemplados en el presente decreto”;

-publicar y mantener actualizada en el portal web del organismo información vinculada a las: causas judiciales y otras actuaciones; datos actualizados sobre el estado de las actuaciones y las audiencias o reuniones a celebrarse.

Los servicios jurídicos permanentes de los Organismos y entes comprendidos en la norma, deben comunicar en forma inmediata y fehaciente a dicho Organismo, el inicio de todo proceso en los términos del decreto, sin perjuicio del procedimiento a cumplir y las comunicaciones a la Oficina Anticorrupción, la Sindicatura General de la Nación y la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración del Congreso de la Nación.

El segundo decreto, N° 202/1710, se dirigió a prevenir situaciones específicas de conflictos en las contrataciones, por ello impuso el deber de presentar Declaración Jurada de Intereses de toda persona que se presente en una contratación de licitación pública o de otorgamiento de una licencia, autorización, habilitación o derecho real de un dominio público tramitada en los organismos y entes del Sector Público Nacional.

---

o por decisión del Procurador en uso de facultad delegada. Es el abogado de la República Argentina antes organismos jurisdiccionales o arbitrales extranjeros, instruye los sumarios disciplinarios a funcionarios de las dos más altas jerarquías de la Administración y dirige el Cuerpo de Abogados del Estado (compuesto por los servicios jurídicos permanentes de los organismos de la Administración Pública Nacional).

<sup>10</sup> Este decreto fue reglamentado por la Resolución 11-E/2017 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia, Lucha contra la Corrupción, que aprobó el formato de la declaración jurada de intereses y los lineamientos para la elaboración de los mecanismos fijados en la ley, esto es pacto de integridad, testigo social, veeduría especial de organismos de control y audiencia Pública.

A través de esa Declaración Jurada de Intereses debe informarse "si existe una vinculación que origina conflicto respecto del Presidente, Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros, demás Ministros y autoridades de igual rango del Poder Ejecutivo Nacional aunque éstos no tengan competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata".

También comprende a los funcionarios de rango inferior a Ministro, en el caso que tengan competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante.

Los conflictos de intereses previstos (respecto de los que debe presentar la declaración) son los mismos que los mencionados en el Decreto 201/17. De configurarse alguno de aquellos supuestos, el organismo o ente contratante debe comunicar tal circunstancia a la Oficina Anticorrupción y a la Sindicatura General de la Nación, así como arbitrar los medios necesarios para dar la debida publicidad del caso.

Independientemente de que el funcionario involucrado deberá abstenerse de intervenir, corresponde la aplicación de alguno de los cuatro mecanismos fijados con el objeto transparentar el procedimiento:

- celebración de pactos de integridad
- participación de testigos sociales
- veeduría especial de organismos de control
- audiencias públicas

Los pactos de integridad son acuerdos expresamente vinculados al cumplimiento de la ley, suscriptos entre todos los actores que intervienen en un procedimiento alcanzado por el Decreto, en el que las partes asumen el compromiso de actuar con transparencia, ética e integridad, con sujeción a las responsabilidades que se establezcan en cada caso.

El segundo método, es el "testigo social", identificado como toda persona o grupo de personas, perteneciente a la Sociedad Civil, grupos o expertos de la comunidad científica y/o académica y/o Colegios de Profesionales, nacionales o internacionales, designada por organismos o entidades para ejercer control sobre el desarrollo y la ejecución de los procedimientos comprendidos en la norma.

La veeduría es un procedimiento especial a cargo de organismos de control del Sector Público Nacional, quienes podrán efectuar recomendaciones u observaciones con el objeto de promover los más altos estándares de integridad y transparencia.

Por último, la audiencia pública es un mecanismo de bases constitucionales, obligatorio en los procedimientos de determinación y actualización de tarifas de servicios públicos.

Su celebración busca permitir y promover una efectiva participación ciudadana, confrontando de forma transparente y pública las opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones vinculadas a las cuestiones sometidas a consulta. Este procedimiento se regirá por los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad.

En síntesis, la adopción de las medidas reguladas (que pueden aplicarse a todas las etapas del contrato) constituyen mecanismos que no obstan a la continuación de la contratación. Esto es así, porque el decreto mencionado es una norma que tiene por objeto

prevenir conflictos de intereses y, en su caso, darlos a conocer, con la intervención de organismos de control competentes.

La importancia de tales instrumentos también está presente en las consecuencias previstas en el caso de que se omita la presentación de la Declaración Jurada de Intereses, pues ello permite que el organismo contratante excluya al oferente del procedimiento; además de la atribución para aplicar las sanciones legales si constata la falsedad de la información incluida.

#### **IV.3-Ley 27.401 -Responsabilidad penal de las personas jurídicas**

La inclusión de esta norma legal, obedece a la importancia que ha tenido en las investigaciones judiciales antes relatadas, pero también por haber introducido el sistema de “compliance” regulando la situación especial de las contrataciones administrativas. Desde de marzo de 2018 rige la ley de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, que hubieran cometido, directa o indirectamente, con su intervención, en su nombre, interés o beneficio, y/o a través de terceros sin atribuciones para obrar en su representación, los siguientes delitos:

- cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional,
- negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas,
- concusión,
- enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y/o
- balances e informes falsos agravados.

El nuevo sistema implica que no resulta necesario la declaración de culpabilidad de una persona humana por un delito cometido en el marco de su organización interna, para la atribución de responsabilidad penal contra una persona jurídica, pues basta con que se acredite que dicho ilícito no podría haberse cometido sin la tolerancia de sus órganos.

Las penas aplicables podrán ser multas de 2 a 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; la suspensión total o parcial de actividades, por un máximo de 10 años; la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos; la disolución y liquidación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria. La acción penal prescribe a los 6 años de la comisión del delito.

Sin embargo, quedan exentos de pena aquellos que espontáneamente hayan denunciado un delito previsto en la ley, hubieren implementado un sistema de control -denominado programa de integridad- y supervisión adecuado, y devuelvan el beneficio indebido obtenido.

Respecto del programa de integridad o “compliance” lo relevante es que debe prever un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos que promuevan la integridad, supervisión y control, orientado a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos.

Específicamente debe contener reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público.

Ese programa, es exigible para poder contratar con el Estado Nacional en los casos de requerir, por su monto, la aprobación de un funcionario con rango no menor a Ministro, y cuando los contratos se encuentren regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328, y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

Otra medida prevista es la “colaboración eficaz” (también regulada por la mencionada Ley 27.301 aunque cuando en ésta comprende todos los delitos) consistente en acuerdos entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, a través del cual aquella se obliga a cooperar a través de la relevación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes, o el recupero del producto o las ganancias del delito. Su celebración implicará el pago de una multa, cuyo monto equivaldrá a la mitad del monto mínimo previsto como sanción. Dicho acuerdo deberá, además, ser homologado judicialmente.

#### **IV.4-Proyecto de ley de extinción de dominio**

A pesar de encontrarse en pleno debate parlamentario con posiciones encontradas, es importante mencionar que este proyecto constituye un instrumento fundamental en la lucha contra la corrupción.

448

Se está frente a una figura jurídica mediante la cual el Estado puede apropiarse y disponer de bienes y activos cuyo origen o destino son ilícitos. No se trata de una expropiación, ni de una contraprestación o compensación, sino del recupero de bienes y recursos vinculados a actividades de aquella naturaleza.

La pérdida de dominio presupone que los bienes adquiridos con capital ilícito no gozan de legitimidad y por ende carecen de protección legal.

Este tipo de políticas de recupero tratan de impedir que se disfruten los beneficios económicos provenientes de delito, con transferencia de ganancias ilícitas al Estado para que las aplique a finalidades públicas. Existen, por lo tanto, una serie de medidas que se adoptan para poder reconocer, cautelar y decomisar dinero en cuentas bancarias, inmuebles, etcétera.

Si bien no todos los países lo regulan de similar forma, existe cierta uniformidad en cuanto a los instrumentos para recuperar los bienes, reconociéndose que la corrupción trasciende las fronteras y que por lo tanto la recuperación debe incluir la repatriación de bienes y fondos de origen delictivo.

Como se indicó, en la República Argentina es una deuda pendiente, a pesar de la suscripción de los numerosos tratados y convenciones internacionales contra la corrupción y delincuencia organizada, etc.

Los intensos debates que se produjeron en ambas Cámaras legislativas hacen prever un camino extenso hasta que ese proyecto se convierta en ley. La Cámara de Senadores en agosto de 2018 modificó sustancialmente la iniciativa que había llegado de Diputados, la cual deberá volver sobre el tema.

Dos de los puntos conflictivos son la oportunidad de iniciar la acción (antes de sentencia condenatoria o no) y el fuero judicial competente pues mientras el proyecto original otorgaba la competencia del fuero civil, la modificación votada por la mayoría de los senadores introdujo que la extinción de dominio debía ejecutarse en el fuero penal una vez dictada una sentencia de primera instancia.

## **V. En conclusión**

La realidad impone una revisión sustancial de los esquemas tradicionales de las contrataciones administrativas.

Los actos y contratos administrativos objeto de investigación judicial, aludidos en el punto II, han demostrado los caminos intrincados que pueden transitarse en el mundo de la corrupción.

Sobornos y conflictos de intereses son dos situaciones interrelacionadas que encuentran allí un terreno fértil para expandirse.

A la fecha no es posible adelantar conclusiones ni vaticinar cual será el final de los procesos o si las condenas abarcarán a todos los implicados.

El caso argentino parece estar en manos exclusivas de la justicia penal y de los fiscales.

Sin embargo, el derecho administrativo no puede estar ajeno a los impactos sufridos; la corrupción obliga tanto a reformular el contenido tradicional de los principios aplicables (en particular los de concurrencia, publicidad e igualdad) como a retomar los criterios de eficiencia y eficacia en la concreción de tales contratos y el rol esencial de los organismos de control interno que también deben constituirse en herramientas efectivas en la lucha contra la corrupción.

