



TRABAJO INTEGRADOR:
CARRERA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS CONTRATACIONES PUBLICAS

Análisis de la Corrupción y su vinculación con el Vicio de Desviación de Poder

Universidad Nacional del Comahue (UNCO)
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Departamento: Postgrado
Carrera "Especialización en Derecho Administrativo"
Tutor: Doctor Fabián Canda
Alumna: Silvana Laura López Olivera
Fecha: 06 septiembre de 2016.

INDICE ANALITICO:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES-----Pág.4/6

II. CONTRATACIONES PÚBLICAS

II.1) Importancia del tema.....-Pág.7/8

II.2) Regulación normativa de las contrataciones públicas -----Pág. 8/10

II.3) Contratación directa vs. Licitación pública.----- -Pág. 10/15

III. LOS VICIOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES

III.1) Vicios precontractuales y contractuales-----Pág. 16/17

III.2) Formalidades mínimas en las contrataciones públicas-----Pág. 17/21

III.2.a) Ley Nacional..... Pág. 21/22

III.2.b) Ley de la Provincia del Neuquén-----Pág. 22/23

IV. LA CORRUPCIÓN VS EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER. NORMAS INTERNACIONALES, SU RECEPCIÓN EN EL ORDEN INTERNO.

IV.1) Corrupción. Definición y Alcances. Su recepción constitucional (art. 36 CN post Reforma 1994).....-Pág. 24/30

IV.2) La corrupción en las contrataciones públicas ----- -Pág. 30/31

IV.3) Normas internacionales.....-Pág. 32/33

IV.4) Normas Nacionales.....-Pág. 34/36

IV.5) El vicio de desviación de poder y su vinculación con la finalidad legítima de las contrataciones públicas. El requisito ético en los actos administrativos. -----Pág. 36/41

IV.6) Requisito ético de los Contratos Administrativos-----Pág. 42/43

IV.7) Vicio de desviación de poder vs vicio de corrupción. ¿Similitudes? ¿Diferencias? ¿Estamos frente a un nuevo vicio del contrato administrativo? -----Pág. 43/48

IV.8) La invalidez de las contrataciones viciadas. Jurisprudencia Corte Suprema Justicia de la Nación y de los Tribunales inferiores----- Pág. 48/52

IV.9) Proyección a futuro del vicio de corrupción: Las acciones "Qui Tam" -----Pág. 53/55

V. CONSIDERACIONES FINALES.....Pág.56/58

VI. BIBLIOGRAFÍA.....Pág. 59/64.

“Cuando la arbitrariedad y la ilegalidad se atreven a levantar la cabeza con insolencia e impudicia, es siempre un signo seguro de que los llamados a defender la ley no han cumplido con su deber”.

Rudolf von Ihering

Capítulo I. Consideraciones Preliminares:

El análisis de este trabajo tiene como eje principal abordar, en primera instancia, distintos aspectos fundamentales de las contrataciones públicas; para luego, intentar responder a la pregunta de investigación que se plantea en este estudio: ¿Cuál es la vinculación entre la desviación de poder y la corrupción en las contrataciones públicas?

Preliminarmente es necesario subrayar que la “vacancia” del conocimiento se advierte en el momento de analizar y coleccionar los estudios doctrinarios referidos a la influencia de la corrupción en las contrataciones públicas. Vemos que la mayoría de la doctrina se refiere al vicio de desviación de poder como uno de los vicios del acto administrativo que se encuentra tipificado en la Ley de Procedimiento Nacional N° 19549. Y, no solo eso, analizando la jurisprudencia actual se

evidencia, como lo sostiene Fabián Canda¹, que los jueces cada vez menos nulifican los actos administrativos con fundamento en la desviación del poder.

A pesar de ello, este tema reviste actualidad e importancia, ya que la contratación pública constituye parte de lo que llamamos “función administrativa” que resulta vital y se lleva adelante en forma continua para la adquisición de bienes o servicios que requieren cada uno de los órganos del Estado.

Basta una mirada al cúmulo de funciones que despliega el Estado a través de los contratos para encontrar que, una buena parte del presupuesto para gastos de inversión y de funcionamiento, está reservada a la actividad contractual.

En consecuencia, dado su origen en el patrimonio público y su finalidad dirigida a la satisfacción de necesidades de interés general, todas las actividades en torno a las cuales se desenvuelven las contrataciones públicas son eminentemente regladas.

Dicho de otra manera: en la contratación estatal el espacio para la discrecionalidad es mínimo, toda vez que tales procedimientos tienen y encuentran su cauce y su límite en el interés general.

Sin embargo, en el acotado marco de discrecionalidad que tiene la Administración, se advierten –como veremos en los capítulos siguientes– que se celebran contrataciones públicas viciadas, en claro desmedro al interés público.

Es por ello que el objetivo general de este trabajo integrador será estudiar si existe el vicio de corrupción apuntando la mirada a las

¹ Fabián O. Canda, “La Desviación de Poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso “Granier” (Radio y televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado. Primera parte: contornos tradicionales de la figura”. Publicación Diario DPI. N° 92-24.11.2015.

contrataciones públicas que se celebran en la actualidad y, específicamente, examinarlo junto con él, muchas veces, olvidado vicio de desviación de poder.

Dado el tema propuesto y considerando el actual estado de conocimiento del mismo, se desarrollará una investigación documental y descriptiva del objeto de estudio. El cual se inscribe en el paradigma cuantitativo con enfoque positivista, porque la realidad es objetiva y en el marco teórico se plantea a priori lo que se va a mirar.

En este trabajo de investigación se tendrá, entre uno de sus propósitos u objetivos específicos, analizar las normas que se aplican a los contratos administrativos y detectar cómo incide en ellos el derecho privado y, especialmente, el derecho internacional.

Asimismo, se propondrá desarrollar, en líneas generales, los procedimientos de selección de los contratistas; enfatizando lo que sucede en los hechos para demostrar cómo se contraponen con lo que establecen las normas vigentes.

Luego se describirán los vicios en las contrataciones y su vinculación con las formalidades contractuales.

En base a estos objetivos específicos, por último, se indagará profundamente sobre el objeto general de estudio para, finalmente, intentar aproximarnos a la hipótesis de trabajo, esto es demostrar si existe el hipotético vicio de corrupción y su vinculación con el vicio de desviación de poder.

Y, no sólo eso, sino que también con este trabajo de investigación se pretende demostrar la necesidad de fomentar políticas públicas para combatir la corrupción, especialmente para garantizar la salvaguarda de los principios de tutela constitucional dentro de las contrataciones públicas.

Capítulo II. Las contrataciones públicas en general. Su regulación normativa. La contratación directa vs la licitación pública:

II.1) La Importancia del Tema:

En primera instancia, es necesario hacer unas breves reflexiones sobre las contrataciones públicas poniendo la mirada, de manera objetiva, en lo que sucede en la realidad.

Es de público conocimiento que todos los días el Estado tiene la necesidad de recurrir a figuras contractuales para cumplir sus funciones administrativas. Así podemos observar que, desde la simple compra de leche para un hospital público (que implica erogaciones menores) hasta las contrataciones que involucran millones de dólares para adquirir maquinaria por ejemplo, se requiere recurrir a la celebración de estos acuerdos de voluntad.

La celebración de los contratos como acuerdos de voluntades entre dos o más personas se remonta desde que existieron las primeras formas de sociedad, a los fines de regular determinados aspectos y precisando de

antemano los efectos que habrían de producirse, con motivo y como consecuencia de ella².

De modo tal que el Estado Nacional, Provincial y Municipal tiene la necesidad de celebrar diferentes contratos para adquirir bienes, servicios, etc.; es decir recurre a la contratación para ejercer función materialmente administrativa. Y, es por ello que se dice que: "... el sistema de compras y contrataciones (...) es la función administrativa puesta en movimiento..."³.

En este marco, por consiguiente es inevitable que el Estado celebre acuerdos de voluntad con terceros, los cuales tienen, en principio, la finalidad del interés público; es decir satisfacer necesidades del grupo social.

Asimismo, jurisprudencialmente se han delineado las características de estos acuerdos de voluntad. Así, en el fallo "Dulcamara" el Dr. Fayt caracterizó el contrato administrativo como "una especie del género de los contratos" indicando como notas esenciales: 1.- que "una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal"; 2.- que "su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración"; 3.- y, por último, que llevan "insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado"⁴.

Sin pretender exceder el objeto de estudio del presente trabajo, líneas abajo se examinarán algunos aspectos de los contratos administrativos en general a fin de tener un marco teórico como punto de partida del análisis posterior.

² Julio Rodolfo Comadira, "Curso de derecho Administrativo" Editorial La Ley 2º quincena mes de marzo de 2012. Página 777.

³ Agustín García Sanz, "Licitación Pública vs. Contratación Directa ¿La batalla perdida?" Res Pública Argentina 2006-3. Página 75.

⁴ CJN "Dulcamara SA c/ Entel" sentencia del 29/03/1990 Fallos, 313:376. La posición de Fayt en Dulcamara fue mayoría tres años después en Cinplast.

II.2) Regulación normativa de las contrataciones públicas: El primer conflicto que en la doctrina administrativa encontramos es el referido a determinar si se aplican, a los contratos administrativos de derecho público, las normas que emergen del derecho privado.

En relación con la posible aplicación del derecho privado a los contratos administrativos, se ha recordado desde la doctrina que la existencia de principios comunes del género "contratos", aplicables tanto a los contratos públicos como a los privados, fue aceptada por nuestra Corte Suprema en diversos precedentes⁵.

Hoy en día la discusión quedó zanjada y, en la doctrina, se afirma que se aplican las normas de derecho público; no obstante, esta remisión a las normas que emergen del Código Civil y Comercial se deben adaptar a la naturaleza publicista del contrato administrativo.⁶

Aquí cabe subrayar que son aplicables, por analogía, determinados principios e instituciones del derecho privado, pero hay que ser cautelosos por cuanto hay que recordar que no estamos en el campo de la autonomía de la voluntad; como sí sucede en los contratos regidos por el derecho privado.

Por consiguiente, si bien rigen las normas de derecho público local, que para el caso de la Provincia del Neuquén se encuentran normativizadas, principalmente, en la Ley de Administración Financiera y Control N°2141

⁵ Pedro José Jorge Coviello, "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" Capítulo 2. Publicado en obra colectiva, La contratación pública, Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (dirección), p. 90, Buenos Aires, Hammurabi, 2007. Con cita de los precedentes de la CSJN, "YPF c/Pcia de Corrientes", Fallos 315:158 y voto del juez Fayt en "Dulcamara", Fallos 313:376, en los cuales el máximo tribunal aplicó los principios del Código Civil y Comercial a los contratos administrativos.

⁶ Juan Carlos Cassagne "El contrato administrativo" Segunda Edición, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2005, Buenos Aires, página 19.

y en el Reglamento de Contrataciones, se aplican -por analogía- los principios del derecho privado.

Y yendo un poco más allá, en la esfera del derecho internacional, también resultan operativas las normas que emergen de los tratados internacionales.

Así, con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 (artículo 75° inciso 22) los contratos administrativos no solo se encuentran regidos, en cuanto a la competencia y al procedimiento, por el derecho administrativo netamente local; sino que también reciben injerencias del derecho internacional en sus ramas privadas y públicas.⁷

Estos principios y normas del derecho internacional, con el reconocimiento jurisprudencial que se otorgó con el fallo "Ekmekdjian"⁸ son de aplicación de manera operativa; sin requerirse el dictado de ninguna norma interna reglamentaria.

A título ejemplificativo podemos mencionar algunos principios que emergen del derecho internacional y que son de plena aplicación a las contrataciones públicas, a saber: publicidad, equidad, eficiencia, transparencia.-

Ello ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace no mucho tiempo en el fallo "Lix Klett"⁹ y, luego, reiterado en otros precedentes jurisprudenciales.

Vale mencionar que la aplicación de las normas que emergen de las Convenciones y de los Tratados internacionales será importante a la hora

⁷ Op. Cit Juan Carlos Cassagne Página 14.

⁸ CSJN "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492. Fallo del 7 de Julio de 1992.

⁹ CSJN "Lix Klett S.A.I.C. (s/ quiebra) c/ Biblioteca Nacional - Secretaría de Cultura de la Nación s/ Cobro de sumas de dinero". Expte N° L 249 XLV, Fallos: 335:1385. Fallo del 31 de julio de 2012.

de analizar con detenimiento la existencia del hipotético vicio de corrupción.

II.3) Contratación directa vs Licitación Pública. ¿La excepción de la regla?: Mucho se ha hablado y escrito con relación a los procedimientos de selección de los contratistas y, puntualmente, respecto a cuáles de ellos es la regla y cuáles es la excepción.

De todo lo escrito al respecto se puede coincidir con lo siguiente: Una cosa es lo que dicen las normas vigentes y otra cosa, muy distinta, es lo que sucede en los hechos.

Analizando las normas vigentes que regulan el procedimiento de contratación pública, vemos que el principio de las contrataciones administrativas es la licitación pública y privada. En segundo lugar, los concursos de precios y, en tercer lugar y –en carácter de excepción-, la contratación directa.

Sin lugar a dudas los procedimientos que merecen mayor estudio y que son más utilizados es la licitación –en sus dos variantes privada o pública- y la contratación directa.

La primera diferencia entre estos dos procedimientos surge de las reglamentaciones que se han dictado y se vincula – en la mayoría de los casos- al monto que sirve de piso o de techo para elegir entre un procedimiento u el otro.

Amén de ello, sin tomar en cuenta los montos de las contrataciones, las normas vigentes establecen las excepciones a la licitación pública frente a la configuración de determinadas causales.

Así, se observa que en el orden nacional el artículo 24° del Decreto Nacional N° 1023/2011 establece la regla general de la licitación pública o concurso público y el artículo 25° enuncia los procedimientos de

selección del contratista y, en el caso de la contratación directa, detalla específicamente los casos en los que la norma habilita recurrir a este tipo de procedimiento, sin tomar en cuenta los montos de las contrataciones. En nuestra legislación Provincial, la Ley de Administración Financiera y Control N° 2141, establece, en su Artículo 63°, los principios generales de la contratación, disponiendo en su Inc. a), lo siguiente: "Todo contrato se hará por licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos, y por remate o licitación pública, cuando se deriven ingresos"; ello también se encuentra dispuesto en los preceptos de la Constitución Provincial.

Asimismo, el artículo 64° de ese cuerpo normativo prescribe las dos excepciones a la regla de la licitación pública.

Por un lado, establece que se podrá contratar directamente cuando no se supere el monto que se determine en la reglamentación y, seguidamente, como segunda excepción se indican las causas taxativas que habilitan la contratación directa "stricto sensu" como lo llama García Sanz en el artículo ya citado.

Cabe destacar que en nuestra Provincia se han emitido varios decretos que actualizan los montos de las contrataciones adecuándolos a la evolución de los precios de mercado¹⁰.

Como vemos las normas vigentes indican que, en principio, el Estado tiene que recurrir a las licitaciones públicas o privadas para seleccionar al contratista. El fundamento de ello se encuentra en la publicidad que debe realizarse del llamado y de la cantidad de posibles oferentes a los que está dirigido.

¹⁰ Entre ellos el Decreto N° 1062/2016 establece: " Fíjese los siguientes montos límite para las contrataciones a que se refiere el artículo 64° inciso 1) de la Ley 2141: a) Licitación Pública: más de \$1.500.000,00, b) Licitación Privada hasta \$1.500.000,00, c) Concurso de precios hasta \$375.000,00 d) Contratación directa hasta \$75.000,00...".

En este sentido, García Sanz hace una comparación entre los distintos procedimientos de contratación; indicando sus diferencias más que nada en lo que respecta a la concurrencia de los oferentes. Siendo que en la licitación, como se sabe, se apunta a un número indeterminado de posibles participantes y, en contraposición a ello, en las contrataciones directas no se invita a nadie más que al contratante.¹¹

En función de lo mencionado, con el fin de posibilitar la concurrencia de la mayor cantidad de oferentes, las normas establecen que, por principio, las contrataciones se tienen que efectuar por medio de procedimientos previos de selección, orientándose a aquellos que permitan garantizar los principios de igualdad de trato y libre concurrencia entre oferentes.¹²

En este punto, y, a modo de síntesis, podemos mencionar que: a) como regla general, las contrataciones del Estado deben ser realizadas por medio de la licitación pública, b) las restantes modalidades previstas (especialmente las contrataciones directas) son consideradas excepcionales de interpretación y aplicación restrictiva y c) que, además, en el marco de las actuaciones administrativas que constituyen la base documental de cualquier contratación pública, es necesario que se funde y acredite adecuadamente la situación objetiva que da base a la elección de la modalidad de excepción¹³.

Ahora bien, habiendo realizado un brevísimo recuento de lo que disponen las normas nacionales y, puntualmente, la legislación de la

¹¹ Op cit. Agustín García Sanz, "Licitación Pública vs. Contratación Directa ¿La batalla perdida? Res Pública Argentina 2006-3. Página 80.

¹² Ernesto Bustelo, "Contrato viciado por omisión de la licitación pública (A propósito de Cardicorp) Suplemento de Derecho Administrativo de la Ley, Director Agustín Gordillo, Fecha 28/06/07, página 32.

¹³ Marcelo Colombo y Paula Honisch, "Delitos en las contrataciones públicas" Editorial Ad- Hoc. Buenos Aires, Año 2012. Página 103.

Provincia del Neuquén, mencionaremos cómo se contraponen lo escrito en las normas con lo que sucede en la realidad.

Es claro que, al inspeccionar un poco las contrataciones publicadas en Internet, se observa que el principio de la licitación pública ha sido dejado de lado por el procedimiento de contratación directa.

Y, no solo eso, es frecuente que el Estado recurra a la figura del legítimo abono que permite evitar requerimientos de licitación encubriendo verdaderas contrataciones directas.

Entre una de las justificaciones que se utilizan habitualmente para recurrir a la contratación directa se puede mencionar la alegada excusa de la demora que implicaría llamar a los oferentes en las licitaciones, lo cual provocaría interrumpir la prestación del servicio.

Asimismo, muchas veces, surgen otras justificaciones para recurrir a la contratación directa apuntan más que nada a evitar retrasos en las contrataciones, ya que, en el caso de las licitaciones, se requieren muchos procedimientos que cumplir, lo que a veces lo convierte en engorroso y difícil de llevar a cabo.¹⁴

De modo que vemos que es práctica habitual del Estado que, para evitar cumplir con todo el procedimiento licitatorio y, en algunos casos obtener otras ventajas (como veremos en los capítulos siguientes)¹⁵, se acude a la contratación directa; previa presión impartida a los funcionarios públicos responsables de garantizar la legitimidad del procedimiento.

Es claro que, con este proceder, el procedimiento contractual se torna ilegítimo por transgredir las previsiones normativas; viciando, como

¹⁴ Op cit. Agustín García Sanz, Páginas 95 y 97.

¹⁵ "La contratación directa, por su condicionada publicidad, se presta al juego de la limitación (arbitraria) de competencia y a la celebración de conductas delictivas, entre las que se destacan violaciones formales al régimen de contrataciones, direccionamiento de contratos y fraudes a la Administración Pública". (Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, óp. cit. Página 104).

veremos seguidamente, los contratos administrativos que, en consecuencia, se celebran.

Amén de ello, se advierte que uno de las causas más utilizadas por la Administración para contratar directamente con determinados proveedores es el "falso" estado de emergencia. O bien, se motivan los contratos en situaciones de urgencia, sin tener en consideración que "la situación de emergencia o urgencia debe existir concretamente y para ello debe ser objetiva, real y que, además, debe estar debidamente acreditada dentro del proceso de contratación donde se la invoca"¹⁶.

Igualmente, al observar las contrataciones administrativas vemos que es normal que, para evitar las licitaciones, se divida ficticiamente los contratos que celebra el Estado con un mismo contratista. Así, se suscriben varios contratos que tienen un mismo objeto, con el fin de evitar que se supere el mínimo legal de las contrataciones directas. Un ejemplo es el caso de la división de contrataciones para la demolición de la planta baja, la demolición del primer piso, la recolección de escombros, etc.

En fin, se puede concluir que, a pesar de contar con regímenes normativos que intentan proyectar la legalidad en los procedimientos de selección de los contratistas y garantizar la libre concurrencia, ello no alcanza debido a que cada vez más se utilizan variados artilugios para contratar directamente y evitar el procedimiento de libre concurrencia entre oferentes; conspirando contra el principio de transparencia y de igualdad.

¹⁶ Op cit. Marcelo Colombo y Paula Honisch, Página 106. Marienhoff sostenía que "solo debe hacerse uso de la contratación directa cuando su procedencia esté debidamente justificada, avalada por los hechos (Marienhoff, T III, pp. 288/291).

Todo lo cual conlleva, claro está, a que el Estado tenga que pagar un montos excesivamente mayores y no las mejores y las más convenientes ofertas; en claro desmedro al erario público.

Capítulo III. Los Vicios precontractuales y contractuales:

III.1) Vicios precontractuales y contractuales: Habiéndose descripto las prácticas habituales que se llevan adelante, en los procedimientos de selección de los contratistas dentro del Estado Nacional, Provincial y Municipal, avanzaremos un poco más en el estudio con el examen de los vicios que provocan la celebración de contratos que al fin de cuentas resultan irregulares.

Dromi es uno de los pocos doctrinarios que distingue entre los vicios contractuales (que afectan el contrato en sí) y los vicios precontractuales (que influyen en el procedimiento de contratación), aunque aclara que éstos últimos también afectan el contrato en sí; incidiendo en su validez y provocando su nulidad.¹⁷

En fin de cuentas, tratándose tanto de los vicios precontractuales como de los vicios contractuales, la consecuencia inevitable es la misma: la ilegitimidad del contrato; circunstancia que puede ser solicitada a pedido del cocontratante o de la propia Administración.

Sin perjuicio de esta distinción y, previo al estudio puntual de los vicios, es pertinente poner de resalto que la configuración de los vicios en el

¹⁷ Roberto Dromi "Derecho Administrativo" 10º Edición Editorial Ciudad Argentina Año 2004, Buenos Aires. Página 20.

procedimiento contractual se halla íntimamente vinculada con las formalidades de las contrataciones.

Es por ello que es necesario hacer un paréntesis de nuestro estudio y efectuar unas breves consideraciones sobre las formalidades de los contratos públicos.

III.2) Formalidades mínimas en las contrataciones públicas:

Partiendo del concepto que el procedimiento administrativo es "un conjunto de formas jurídicamente establecidas cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función administrativa, con el objetivo de preparar la emisión de actos que satisfacen directamente el bien común"¹⁸, vemos que, como todo procedimiento administrativo, las contrataciones públicas tienen que cumplir ciertas formalidades, tanto por parte del Estado como por parte de los contratistas.

Desde el simple inicio del expediente administrativo hasta la aprobación de la contratación, se deben seguir ciertas formalidades esenciales siempre que no limiten innecesariamente la concurrencia entre los oferentes que hagan imposible acceder a la licitación.¹⁹

Compartiendo esta postura, entendemos que, con el fin que el llamado a licitación sea amplio, aplicando el principio de razonabilidad y de informalismo a favor del administrado, se deberían considerar subsanables aquellas deficiencias formales no esenciales en que hayan incurrido los oferentes al presentar su propuesta.

¹⁸ Julio Rodolfo Comadira, Laura Monti (Colaboradora) Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada. op. cit. P. 4, con referencia a Escola, Héctor, "Tratado General de Procedimiento Administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/72, 1744/73, 3700/77, Buenos Aires, Depalma 1981, 2ª ed. Actualizada, ps. 16 y 17; Canosa, Armando N., Nuevas formas de control de plazos en el procedimiento administrativo. E.D., 149-822.-

¹⁹ Ernesto Bustelo, "Desafíos Actuales y Futuros de la licitación pública" Páginas 18/19 En Obra "Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo", de Víctor Hernández-Mendible Coordinador. Caracas, Venezuela. Año 2009.

De modo tal que, para evitar impugnaciones a las ofertas, es conveniente, como lo indica Bustelo, "establecer en los Pliegos cuáles formalidades serán consideradas esenciales y, por ende, no susceptibles de saneamiento".²⁰

Dejando de lado las formas no esenciales, es necesario dejar aclarado que, en líneas generales, el Derecho Administrativo es esencialmente formal, por lo que los contratos administrativos deben respetar las formalidades que exigen las normativas vigentes en la materia.

En esta línea de pensamiento, cabe decir que la doctrina nacional tiene dicho que debe hacerse la distinción entre las formalidades y la forma.

Las "formalidades" son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Verbigracia: pliego de condiciones, acto de adjudicación, aprobación, etc.

La "forma" se refiere al modo concreto en que se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.

Además, es necesario subrayar la importancia de las formalidades, ya que al igual que sucede en todos los actos administrativos, el seguimiento de las formalidades y de los procedimientos de las contrataciones influye en la validez y en la eficacia de los contratos.

La relevancia e importancia que continuamente sostiene la jurisprudencia en estos temas también es afirmada por la doctrina, como lo hace el Dr. Canda. Este autor, además, afirma que la omisión de las formalidades provoca consecuencias que, en algunos casos, resultan realmente

²⁰ En consonancia con ello, cabe citar el artículo 17° del Decreto N° 1023/2001: "El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes; debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta, las aclaraciones que sean necesarias, dándoles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación."

gravísimas hasta el punto que, incluso, impiden el pago de las prestaciones que efectivamente se cumplieron²¹.

Como lo dice este autor, a lo largo de los fallos de la Corte vemos como se ha resaltado la importancia del requisito de la formalidad. Ejemplo de ello son los casos en los que se omite la licitación pública, en los casos en que procede, lo que conlleva a que se declare la inexistencia del contrato celebrado por omisión de una formalidad exigida legalmente. Como ocurrió en el caso "Magnarelli" donde las accionadas desconocieron el vínculo contractual y opusieron la defensa de la falta de legitimación por no haberse cumplido con la licitación:

Allí, la Corte recordó la doctrina sentada en la causa "Más Consultores" y concluyó que toda vez que la ley de contabilidad provincial exigía la licitación pública y ésta no se había realizado en ese caso, se declaró la inexistencia del contrato. Por tanto, no podía prosperar una acción que pretendiese el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato inexistente. Es por eso que se hizo lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva invocada por las accionadas.²²

En sintonía con ello, en el más reciente fallo que encontramos, se ha resuelto en la causa "Punte"²³, en donde la Corte Suprema destacó que en este caso no se había llevado a cabo la licitación pública ni se habían acreditado las causas de urgencia o caso fortuito que justificaran apartarse de tal procedimiento. En función de ello, el tribunal entendió

²¹ Fabián O. Canda "La importancia del elemento forma en el contrato administrativo" (consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la CSJN) Versión de la conferencia pronunciada en las Jornadas UA 2006 (17-5-06) y publicada en el libro de las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral por RAP, año 2007.

²² CSJN "Magnarelli, César Adrián c. Misiones, Provincia de y otros s/cobro de pesos", Fallos, 326:1280. Sentencia del 10 de abril de 2003

²³ CSJN "Punte, Roberto Antonio c/Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato" P.238.XXVIII originario, sentencia de fecha 21/3/06.

que el contrato nunca había existido admitiendo la defensa de la Provincia.

La vinculación entre la forma y la existencia y prueba del contrato es inescindible. La jurisprudencia, en reiterados pronunciamientos, se hizo eco de lo mencionado señalando que la perfección de los contratos está vinculada a la forma que es exigida en cada caso particular; constituyendo en un requisito esencial que hace a la existencia del contrato. Por lo que se han desestimado pretensiones de contratistas sustentadas en contratos que se celebraron omitiéndose las formalidades exigidas²⁴.

A nivel local, este tópico fue analizado por el Tribunal Superior de Justicia de nuestra Provincia en los autos "Monetti" donde el vocal preopinante de la Sala Procesal Administrativa, para determinar si existía entre las partes realmente un contrato, se remitió al pronunciamiento "Ingeniería Omega Sociedad Anónima" y recordó que la validez de los contratos está supeditada a la legalidad de la forma y del procedimiento de contratación. Por eso concluyó que, en el caso, no existía un contrato válido, ya que la prueba del mismo se vincula directamente con la forma por ser un requisito esencia de su existencia²⁵.

En síntesis, hace a la existencia del vínculo contractual, el cumplimiento de los procedimientos previos a su formación y, como contrapartida de ello, como lo indica Miriam Ivanega: "Diríamos que el contratista no puede invocar derecho alguno "sobre lo que no existe"²⁶.

²⁴ CSJN, 1/06/2000, "Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Provincia de Santiago del Estero, E.D. 28/07/2000; Fallos: 323:1515. CSJN, 11/07/2000, "Servicios Empresariales Wallabies S.R.L. c/Provincia de Salta", Fallos: 323:1841.

²⁵ TSJ Sala Procesal Administrativa in re "Monetti Carlos Alberto c/ Provincia del Neuquén s/ acción procesal administrativa" del 07/04/2010, Acuerdo N° 14. En ese pronunciamiento se remitió a los Fallos de la CSJN 323: 1515, 323:3924 y 324: 3019.

²⁶ Miriam Mabel Ivanega "El principio de Buena Fe en los contratos administrativos" RAP N° 360. Página 23. Septiembre/2008.

Ahora bien, habiendo realizado un breve recuento de la jurisprudencia y doctrina referida a las formalidades en las contrataciones públicas, solo resta examinar qué dicen las normas nacionales y locales al respecto.

III. 2.a) Normas Nacionales: Recordemos que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (LNPA en adelante) establecía, en su art. 7° último párrafo, que los contratos que celebraba el Estado, los permisos y concesiones administrativas, se regían por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del título regulador del acto administrativo, si ello fuera procedente.

La aplicación analógica ha sido desechada y, en la actualidad, a partir del dictado del Decreto N° 1023/2001 se ha determinado que **la aplicación de tal norma es directa y no subsidiaria o analógica.**²⁷

Así remitiéndonos a la ley especial, el artículo 11° del Decreto Delegado N° 1023/2001, bajo el título "formalidades" se establece que deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° LNPA.

Así es que, en la contratación administrativa, se aplican las normas del Procedimiento Administrativo.

El artículo 11° del Decreto Delegado N°1023/2001 enuncia las actuaciones que se requieren como formalidades en las contrataciones administrativas. A saber: a) la convocatoria y la elección del procedimiento de selección, b) la aprobación de los pliegos de bases y

²⁷ Decreto 1023/2001 DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS Art. 36. — MODIFICACION DEL ARTÍCULO 7° DE LA LEY N° 19.549 Y SUS MODIFICATORIAS. Modifícase el último párrafo del artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, el que quedará redactado de la siguiente forma: "Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la **aplicación directa** de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente." (el énfasis me pertenece).

condiciones, c) la declaración en el caso que el llamado hubiere quedado desierto o fracasado, entre otras.

Teniendo en cuenta lo mencionado en el acápite anterior, se advierte que el artículo 11° del Decreto N° 1023/2001 enuncia las “formalidades” que se deben respetar para expresar la voluntad administrativa en las contrataciones públicas, pero, además, es importante observar el elemento forma.

Así, la aprobación de toda contratación deberá efectuarse con el dictado del correspondiente acto administrativo –que deber respetar los requisitos establecidos en el artículo 7° de la LNPA-, a saber: a) Dictado por la autoridad competente, b) sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable, c) debe poseer objeto cierto y física y jurídicamente posible, d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos e implícitos en el ordenamiento jurídico, e) debe ser motivado, f) debe cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines.

III. 2. b) Normas de la Provincia del Neuquén: En nuestra ley local de procedimiento administrativo N° 1284, en el capítulo IV titulado “Contrato Administrativo” se prescribe lo siguiente: “Los actos, simples actos, reglamentos y hechos administrativos, emitidos o ejecutados en el procedimiento para la formación y ejecución de los contratos administrativos, están sujetos a las disposiciones de esta ley”.

Por lo que, al igual que sucede en el orden nacional, las formalidades de los contratos administrativos en Neuquén se deben ajustar a lo que

prescribe las disposiciones que emergen de la Ley N° 1284 para los actos, simples actos, reglamentos y hechos administrativos.

En esta instancia del análisis, debe traerse a escena la teoría de los actos separables, que concibe a la contratación administrativa como un procedimiento compuesto por actos administrativos, hechos, simples actos, reglamentos, que difiere del contrato final.

Así, el contrato administrativo va precedido de determinadas intervenciones de las distintas autoridades externas al órgano que llevará adelante la contratación. Esta etapa preparatoria es parte del procedimiento de selección del cocontratante, independientemente del método que se emplee para la selección del contratista²⁸.

Amén de ello, en nuestra Provincia se encuentra sancionada la Ley de Administración Financiera y Control N° 2141, el Reglamento de Contrataciones (aprobado por medio del Decreto N° 2758/95) y, en su caso, la Ley de Obras Públicas N° 687; normas especiales a las que deben someterse las contrataciones administrativas locales.

Estas normas especiales indican las formalidades esenciales que deben observarse en las contrataciones públicas, entre las cuales no puede dejarse de señalarse, a mero título ejemplificativo, la necesidad que se verifique como presupuesto esencial la partida presupuestaria de la erogación que implica la contratación.

²⁸ Ismael Farrando (h) y Patricia R. Martínez. "Manual de derecho administrativo", Ediciones Depalma Buenos Aires, 1996. Página 297.

“La corrupción es un vicio de los hombres,
no de los tiempos” (Séneca).

Capítulo IV. La corrupción y su vinculación con el Vicio de Desviación de Poder:

Entrando en la parte medular de este trabajo, en este capítulo, comenzaremos a analizar una práctica que se ha transformado, lamentablemente, en una costumbre en nuestra sociedad y, también, específicamente en las contrataciones públicas: los actos de corrupción. Para ello, en primer lugar, es necesario aclarar la definición y los alcances del término “corrupción” para, luego, intentar responder a la pregunta de investigación.

IV.1) Corrupción. Definición y Alcances. Su recepción constitucional (art. 36 CN post Reforma 1994).-

Para analizar el hipotético vicio de corrupción, metodológicamente, es necesario aclarar el concepto de “corrupción”.

Para eso, en primera instancia, recurrimos a su etimología.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “corrupción” designa por un lado la acción y efecto de corromper o corromperse y, por otro lado, el vicio o abuso introducido en las cosas no materiales.

Al analizar el término “corrupción”, vemos que etimológicamente procede del latín *corrumpere*, composición lingüística que se integra con la

partícula "cum" y el verbo "rumpo, ruptum" que literalmente significa romper. Es así que, de su etimología, se ha indicado que "en su sentido profundo, la expresión corrupción afirma constantemente la ocurrencia de un suceso que provoca la ruptura de lo que está instituido públicamente como proceso normal, por una ley humana, una convención o una costumbre"²⁹.

Su recepción constitucional: La recepción de los actos de corrupción se remonta a la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional, cuando se agregó el artículo 36° como parte de los nuevos derechos y garantías constitucionales.

Desde la Convención Constituyente se enfrentaron posiciones tendientes a incluir a los actos de corrupción como un delito que debía ser tipificado por el Congreso, en defensa del orden constitucional y del sistema democrático.

Se debatió en el recinto el artículo 36° CN en cuyo párrafo quinto se establece que: "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".

En este sentido, Bidart Campos, analizando este artículo, señala la necesidad de sancionar una ley de Ética Pública como ley especial que tipifique este delito caracterizándolo por el enriquecimiento de la persona que lo comete. Asimismo, considera necesario fijar, en esta Ley, el tiempo de inhabilitación para ocupar cargos públicos; dejándole al Congreso de la Nación la discreción para fijar la duración de la misma³⁰.

²⁹ José María Simonetti, "Notas sobre la corrupción" Revista Penal y Estado N° 1 "Corrupción de los funcionarios públicos" Editores del Puerto 1996, p.165 y siguientes.

³⁰ Germán J Bidart Campos "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" T VI Buenos Aires, Ediar, 1995, p- 267 y sigs.

Al analizarlo, se ha resaltado que los actos de corrupción configuraran, en algunas circunstancias, un tipo penal autónomo, cuya acción típica consiste en "enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada tras asumir un cargo o empleo público" que debe ser juzgado de acuerdo a un criterio justo. Es lo que el Código Penal denomina como "delito de enriquecimiento ilícito" (cfr. Art. 268 -2).

Entonces queda claro que este enriquecimiento ilícito tiene que ser originado en cumplimiento de funciones públicas, es decir está relacionado con el ejercicio de cargos públicos.

Así, los autores Daniel Sabsay y Pablo Manili -analizando los términos del artículo 36° de la Reforma de la Constitución Nacional- han afirmado que el enriquecimiento patrimonial implica aumentar el activo o bien disminuir el pasivo injustificadamente y que es importante que ello ocurra mientras la persona desempeña las funciones públicas.³¹

Desde el punto de vista del Derecho Penal, el enriquecimiento ilícito, es un tipo subjetivo doloso y, entonces, se le exigirá al agente haber sabido los elementos típicos al momento de la consumación, es decir, que se estaba enriqueciendo de manera apreciable y que ese enriquecimiento no estaba originado en ingresos legítimos.³²

Por su parte, con relación al titular del bien jurídico protegido por la Constitución Nacional, Fabián Canda señaló que es un derecho de incidencia colectiva porque es un derecho que tienen todos los habitantes de exigir a los funcionarios públicos determinadas pautas de

³¹ Daniel Sabsay y Pablo Manili "Constitución de la Nación argentina" y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial". Tomo 2. Editorial Hammurabi. Año 2010. Páginas 89/90. Aquí se menciona los Fallos de la CSJN: 310: 849, 310: 943 y 310: 1080

³² Ibidem.

comportamiento basadas en valores. Este derecho de todos los ciudadanos es considerado como pilar del sistema democrático³³.

Por su parte, Gordillo al estudiar la responsabilidad de los funcionarios, indica que el artículo 36° de nuestra Constitución se refiere a la responsabilidad penal de aquellos que se enriquecen, ilegítimamente, a expensas del erario público. Por lo que, en fin de cuentas, la sociedad es la que se ve afectada porque la corrupción provoca la dilapidación de los fondos públicos que pertenecen al bien de la sociedad.³⁴

Aquí debemos aclarar que la CSJN ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la constitucionalidad del tipo penal del enriquecimiento ilícito (artículo 268 del Código Penal) in re "Alsogaray" cuando adhiriendo a la opinión del Procurador General declaró improcedente el recurso extraordinario³⁵.

Dejando de lado el análisis del tipo penal del enriquecimiento ilícito previsto en el Código Penal porque escapa de la materia de estudio de esta investigación, es necesario preguntarnos ¿cuáles son las definiciones que encontramos respecto al término corrupción en la doctrina administrativista?

La complejidad del fenómeno puede percibirse desde el mismo momento que intentamos definirlo.

Se han esbozado numerosas definiciones, sin embargo ninguna de ellas ha estado exenta de críticas.

³³ Fabián Canda "El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones administrativas" EDA 2003, P 565 y siguientes.

³⁴ Agustín Gordillo "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II. Capítulo XIX "La responsabilidad Civil de los funcionarios" Página 2. 10ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2014

³⁵ CSJN Alsogaray, María Julia s/ rec. De casación e inconstitucionalidad. Fallos 331:2799. Sentencia y dictamen del 22 de diciembre de 2008.

Previo a todo, debemos recordar que dentro del lenguaje popular se entiende por corrupción desde el pago que se efectúa por ejemplo al acomodador en un teatro para obtener una mejor ubicación hasta el pago de un soborno a un funcionario público.

Existen diversas definiciones del concepto. Algunas exigen la presencia de determinadas características, por ejemplo que se encuentren involucrados funcionarios públicos o bien que se vea afectado el interés público o el patrimonio del Estado.

Por su parte, Carlos Nino ha analizado la definición de corrupción como un concepto amplio: "la conducta de quien ejerce una determinada **función social** que implica determinadas **obligaciones activas o pasivas** destinadas a satisfacer ciertos fines para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también, la conducta del tercero que lo induce a o se beneficia con tal incumplimiento".³⁶

Otras posturas doctrinales explican el significado del concepto "corrupción" como un acto en contraposición al régimen legal, al igual que sucede con el vicio de desviación de poder.

En este sentido, Garzón Valdez sintetiza el concepto de corrupción vinculándolo al sistema normativo donde el acto corrupto tiene lugar y lo define como un acto de deslealtad e incluso de hasta traición a la patria; siendo uno de sus requisitos la existencia de un decisor (quien lleva adelante los actos o actividades corruptas) pudiendo intervenir, además, terceras personas decisoras o no de esos actos.³⁷

³⁶ Carlos Nino S "Un país al margen de la ley", Buenos Aires, Emecé, 1992, página 110.

³⁷ Ernesto Garzón Valdez, "Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta". Insonomía, n. 21, oct. 2004.

En esa línea de análisis, se ha sostenido también que la corrupción está configurada por la manipulación de las funciones públicas de aquellos que, aprovechándose, se colocarse por encima de la ley obteniendo ventajas inaccesibles para el resto de la comunidad. Es por eso que se vincula estrechamente los actos de corrupción con el ejercicio de cargos públicos³⁸.

Por su parte, Jorge Federico Mikkelsen- Loth distingue una corrupción en el género comprensiva de toda la sociedad y una corrupción en la especie que comprendería a la esfera del Estado con sus instituciones e integrantes³⁹.

Ahora bien, centrándonos en la corrupción dentro del ámbito estatal, se advierte que ésta supone "la utilización de potestades públicas para intereses particulares"⁴⁰ y, asimismo, se la ha identificado con "la desviación de poder, es decir el uso del poder con violación de la finalidad –de interés público- que inspiró el otorgamiento de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada".⁴¹

Estas últimas definiciones ponen el acento en la motivación de las conductas, como por ejemplo, perseguir la obtención de beneficios privados propios o para terceros. Lógicamente esta concepción genera dificultades en el aspecto procesal (etapa probatoria), ya que su acreditación estará restringida a la realización del acto objetivo que pone de manifiesto la motivación fundada en intereses privados.

³⁸ Alejandro Pérez Hualde "Desviación de Poder como Sistema y un instrumento necesario: las lealtades personales" Sup Adm 2013 (febrero) 1 La Ley 2013-B-660. Página 12.

³⁹ Jorge Federico Mikkelsen- Loth "El enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública". Editorial La Ley. Año 2001 página 70.

⁴⁰ Jesús González Pérez "La ética en la Administración Pública" 2º edición, Madrid, 2000, página 40.

⁴¹ María Jeanneret de Pérez Cortes, "Función Pública, Ética Pública y Corrupción en organización administrativa, función pública y dominio público" RPA, Buenos Aires, 2005, página 649.

Otras posiciones definen a la corrupción desde el punto de vista moral, teniendo en cuenta los valores de la sociedad. En este sentido, la corrupción implicaría la violación de "determinadas normas morales que rigen la conducta humana en miras al bien y a la perfección".

A modo de síntesis, vemos que existe una diversidad de conceptos sobre el término "corrupción" todo depende del punto de vista del cual se lo mire.

Sin perjuicio de ello, a modo de conclusión, podemos resaltar que, en todos los casos cuando hay corrupción es porque convergen dos elementos: 1) el apartamiento de los deberes propios de la función que desempeña el funcionario público y 2) la persecución de un beneficio particular propio o para un tercero.⁴²

IV. 2) La corrupción en las contrataciones públicas: Habiendo efectuado una aproximación a la definición del término corrupción y, centrándonos en el ámbito de los contratos públicos, advertimos, como lo afirma Carlos Nino que "el fenómeno de la corrupción está masivamente generalizado en la sociedad argentina"⁴³ y su índice es elevado en las contrataciones públicas por estar constantemente en juego dinero en manos de los funcionarios públicos.

Dentro del campo de los contratos públicos es usual encontrarnos con prácticas irregulares que los funcionarios públicos cometen motivados, muchas veces, por deseos personales o bien por presiones políticas.

Por ejemplo, se suele beneficiar a determinados contratistas en la redacción de los pliegos, en la fijación de plazos que –aún respetando los

⁴² Oficina Anticorrupción de la República Argentina "Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción" pagina web <http://archivo.anticorruption.gov.ar/>

⁴³ Op cit. Carlos S Nino "Un país al margen de la ley".

mínimos legales- resultan exiguos para que otros oferentes puedan presentar las ofertas, entre algunas cuestiones que podemos mencionar. En esta línea de pensamiento, es dable poner de relieve que estas prácticas ilícitas tienen más desarrollo en este campo de actuación, toda vez que la corrupción tiene por objeto aprovechar el ejercicio de facultades discrecionales de la administración pública en interés privado, sea de un particular o del funcionario interviniente o bien, de ambos. Es por eso que, en el campo de las contrataciones públicas está patente el tema de la corrupción en todos los niveles: "La discrecionalidad es el mejor caldo de cultivo para que la corrupción aparezca. Monopolio más discrecionalidad menos transparencia es la clásica fórmula de Kliegaard para medir el grado de corrupción en un sistema".⁴⁴

Frente a ello, es imprescindible contar con herramientas e instrumentos jurídicos que aseguren transparencia y eficiencia en todas las etapas que involucran a las contrataciones públicas.

Afortunadamente, tanto a nivel internacional como nacional se han firmado acuerdos y se han emitido normas para combatir y fortalecer la lucha contra la corrupción.

Y, como lo afirma Márquez Daniel: "Estamos frente a un derecho humano como el sentido del derecho a la no corrupción".⁴⁵

Es por lo dicho que veremos a continuación el escenario normativo actual que regula el tema de la corrupción y de la ética pública para, luego, en base a ello examinar en concreto el problema de investigación de este trabajo.

⁴⁴ Héctor Mairal "Las raíces legales de la corrupción" Revista RAP. Página 55. Publicado en Cuadernos de la RPA, Editorial Rap, Buenos Aires, 2007

⁴⁵ Daniel Márquez "El derecho humano a la no corrupción, en derechos humanos en Ibero América (coord. José R Olivos Campos) Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, p.189 y ss.

IV.3) Normas Internacionales: La Organización de las Naciones Unidas ha destacado oficialmente que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”.

Debido a que la corrupción se nos presenta en gran magnitud, nuestro país ha ratificado las siguientes convenciones internacionales para combatirla.

3.a) La Convención Interamericana contra la corrupción (CICC): Esta Convención fue aprobada en el año 1996, por medio de la Ley N° 24.759.

El art. III inc. 5 del CICC prevé que los estados parte introduzcan medidas tendientes a crear, mantener y fortalecer: “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

Asimismo, la CICC tipifica como delitos, el ofrecimiento o aceptación de dádivas o ventajas a un funcionario público a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas y el enriquecimiento ilícito.

Esta Convención incluyó el tipo penal del enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos como una recomendación sobre la que los Estados signatarios se obligaban a legislar: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

3.b) La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción

(CNUCC): Esta Convención fue aprobada mediante la Ley N° 26.097. El art. 9° (inc. 1) señala que: "se adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción...".

Además de ello, la CNUCC establece que cada Estado parte "procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción, asumiendo el compromiso de adoptar medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y en criterios objetivos de toma de decisiones".

3.c) La Convención del Consejo de la Organización contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales:

Esta Convención fue aprobada en el año 2000 por medio de la Ley N° 25.319.

En lo que aquí nos interesa, podemos mencionar que los instrumentos internacionales se ocupan, entre otras cuestiones, que los Estados parte establezcan pautas adecuadas para la adquisición de bienes y servicios –las que deberían tender a asegurar la publicidad, la equidad y la eficacia de tales sistemas-; indicándose que estos objetivos podrían lograrse en tanto los procedimientos resulten transparentes, se fomente la competencia, se establezcan criterios objetivos para la toma de decisiones y se imponga la obligación de rendir cuentas.

IV.4) Normas Nacionales: En consonancia con los pactos y acuerdos internacionales mencionados de manera resumida en el acápite anterior, en el orden interno nacional, nuestro país también ha legislado sobre el tema bajo estudio. A título meramente ejemplificativo se pueden citar las siguientes normas:

4.a) Constitución de la Nación Argentina: Como mencionamos precedentemente, la reforma del año 1994 de nuestra Constitución incorporó el art. 36° que, en su parte pertinente, estipula: "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".

Según vimos en el acápite anterior, en nuestra Constitución, no se tipifica claramente el delito de corrupción; quedando el mismo librado a la reglamentación del Poder Ejecutivo.

4.b) La Ley de Ética en la Función Pública (N° 25.188) y su reglamentación (Decreto N° 164/99): Conforme lo indica el artículo 1°, el objeto de esta ley es regular los deberes, las prohibiciones, los conflictos de intereses en las incompatibilidades a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías. Siguiendo esta línea, luego se enuncian los deberes y pautas de comportamiento ético. Así, el artículo 2° indica que los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir pautas y comportamiento ético, a saber: ..."b) Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; (...) d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización,

retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; (...) h) **Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad;..**" (El resaltado me pertenece). En este inciso podemos poner de resalto que, específicamente la ley, regula el comportamiento ético en el ámbito de los contratos públicos.

4.c) Decreto Ley N° 1023/01: Este Decreto Nacional (cfr. artículo 10°) estipula que es causal determinante del rechazo de una propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios públicos, con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) para que se haga valer la influencia de su cargo ante otro funcionario público con la competencia descripta, 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 público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

4.d) Ley Nacional N° 25.233 modificatoria de la Ley de Ministerios: Esta Ley dispuso la creación de la Oficina Anticorrupción, con las funciones de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional, dotándole la norma de las competencias del Ministerio Público (Ley N° 24.946).

Sin analizar más en detalle, diremos que esta Oficina Anticorrupción puede constituirse en particular querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado.

En virtud de lo mencionado, este somero recuento de las normas vigentes es fiel reflejo que el tema ético ha sido especialmente recogido en la legislación argentina.

Sin perjuicio de ello, a pesar de la proliferación de normas tendientes a evitar las prácticas ilícitas contra la Administración Pública, es habitual detectar graves irregularidades en la planificación de las compras y el presupuesto, en las contrataciones directas y en las licitaciones, en la confección de los pliegos, en la evaluación de las propuestas y en las adjudicaciones; irregularidades que, en la generalidad de los casos, se producen motivados por intereses personales de los funcionarios actuantes.

IV. 5) El vicio de desviación de poder y su vinculación con la finalidad legítima de las contrataciones públicas. El requisito ético en los actos administrativos.

Una Primera Aproximación: El Consejo de Estado Francés: Para llegar a construir la noción de desviación de poder no podemos dejar de mencionar, de manera preliminar, la labor interpretativa del Consejo de Estado Francés.

Esto lo decimos porque no se puede dejar de reconocer la importancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés que, primero, ejercía un control restringido de los actos administrativos referido a los vicios de forma y de competencia y, luego, lo fue ampliando y se comenzó a analizar los motivos internos de la decisión de los funcionarios.

Este cambio se produjo en la segunda mitad de esa centuria, cuando el Consejo de Estado primero intervino en casos donde la Administración había ejercido el poder de policía con el fin último de obtener beneficios

patrimoniales y, luego, comenzó a utilizarse para descalificar actos utilizados para satisfacer intereses particulares (patrimoniales o no patrimoniales).

La doctrina administrativa argentina es coincidente en que, a partir de allí, se sentaron las bases para el desarrollo autónomo del recurso por *detournement de pouvoir*, concretándose la aplicación del principio general del derecho que veda el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos con relación al Estado en forma jurisprudencial primero en Francia y, mediante la regulación normativa, en otros ordenamientos después.⁴⁶

Cabe destacar que en el Derecho Francés no existe la desviación de poder consagrada normativamente sino que se trata de un Principio General del Derecho que veda el ejercicio abusivo de los derechos y se aplica jurisprudencialmente. Este principio, luego, fue adoptado y volcado por otros países en sus propios ordenamientos positivos.

Derecho Argentino. Concepto de Vicio de Desviación de Poder.

Para conceptualizar el vicio de desviación de poder en nuestra legislación, es necesario recordar que la finalidad legítima de los actos y, especialmente, de los contratos administrativos se vincula con el principio de legalidad que preside todo el accionar de la Administración. En cumplimiento de este principio de legalidad, en materia administrativa, toda competencia que ejercen los agentes públicos se encuentra habilitada por una norma que persigue un determinado fin. El cual no tiene otra fuente que el ejercicio, por parte de quien dictó la

⁴⁶Gustavo Silva Tamayo Capítulo titulado "Abuso de derecho ¿estatal?" En el libro *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2006, 1º edición, Páginas 1417/1422.

norma, de sus facultades constitucionales. En otras palabras, la finalidad siempre deriva de la norma legal.

Sobre la finalidad se ha dicho que en todos los actos administrativos existe una primera y común finalidad que se va especificando a través de la distribución de competencias dentro de la administración y que determina el objeto o contenido que pueden tener esos actos.

Ahora bien, sucede que cuando el acto administrativo no persigue la finalidad determinada en la norma habilitante, nos encontramos frente al vicio de desviación de poder.

En cualquiera de los casos de desviación de poder, la finalidad puede ser pervertida, como indica Fabián Canda "por procurarse un fin personal propio del emisor del acto o de un tercero e inclusive por perseguir una finalidad pública, pero distinta a la querida por el legislador".⁴⁷

Es por esto que coincide la mayoría de la doctrina en que este vicio es siempre de estricta legalidad y que no se toma en cuenta la faz ética en el ejercicio del acto viciado por desviación de poder.

En correlato con ello, Pérez Hualde refirma que este vicio se caracteriza por transgredir el ordenamiento normativo y, por contrapartida de eso, el control de este vicio se realiza mediante criterios jurídicos y no mediante reglas morales.

Es por lo mencionado, en los casos de desviación de poder, puede haber un grado mayor o menor de inmoralidad o de falta de ética o puede no haberla. Pero, en todos los casos, lo que sí hay es una vulneración al ordenamiento jurídico⁴⁸.

⁴⁷ Fabián Omar Canda, "La Desviación de Poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso "Granier" (Radio y televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado. Primera parte: contornos tradicionales de la figura". Publicación Diario DPI. N° 92-24.11.2015.

⁴⁸ Alejandro Pérez Hualde "Desviación de poder y globalización", Infojus: DACC030070, Año 2003. Páginas 1/ 21.

En este sentido, Pérez Hualde define el vicio de desviación de poder en el siguiente modo: "se trata de una desviación en el empleo de las competencias estatales respecto de las finalidades que inspiraron su atribución por el ordenamiento jurídico superior y que se encuentran en la Constitución y en la ley."⁴⁹

En otras líneas de pensamiento, hay autores que enfatizan que toda la actividad administrativa se debe dirigir a un fin determinado expresa o tácitamente (siendo este fin un elemento reglado), de modo que, cuando el acto se aparta de ese fin aparece el vicio.

En este orden de ideas, es que, en el derecho administrativo, se exige como requisito de validez de los actos que se obren movidos por una finalidad administrativa legítima; castigando con la nulidad a los actos que conlleven el vicio de desviación de poder.

Normativamente hablando, en nuestra Ley Nacional, se ubica a este vicio en el inciso f) del art. 7 de la Ley de Procedimiento Administrativa Nacional N° 19.549. Y, en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo N° 1284, en la enunciación de los vicios que realizan los artículos 66°, 67° y 68° de dicho cuerpo normativo.

El legislador sitúa así a la desviación del poder entre los vicios que afectan insalvablemente a la finalidad del acto administrativo en tanto y en cuanto lo consideran un elemento esencial del mismo que está determinado por el ordenamiento jurídico, por aplicación del principio de legalidad.

De modo tal que, reiteramos, en el caso de las contrataciones públicas este vicio afecta la legitimidad porque siempre hay vulneración del orden normativo y, por ello, podemos afirmar, como lo sostiene la doctrina argentina que: "la desviación de poder es pura y simplemente un caso de

⁴⁹ Op Cit. Alejandro Pérez Hualde "Desviación de poder y globalización".

violación de la ley (...) no se trata de juzgar los actos administrativos por lo que pudieran significar como valores negativos frente a lo moral sino, en tanto y en cuanto constituyan violaciones de la ley.⁵⁰

Es decir, el vicio de es de estricta legalidad sin que sea necesario juzgar los actos administrativos en la esfera ética o moral sino en tanto y en cuanto constituyen violaciones a la ley.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulado "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la APDH"⁵¹ ejerció el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales a través, por un lado, en los elementos reglados de la decisión y, por otro lado, en el examen de su razonabilidad.

Allí, el máximo tribunal de la Nación, en ejercicio de ese control judicial, se refirió a la "prueba diabólica" para acreditar el vicio de desviación de poder.

De este precedente jurisprudencial surge el control judicial del elemento reglado "finalidad" del acto administrativo (en este caso era el levantamiento de un programa emitido por una radio estatal) y la dificultad probatoria para acreditar el vicio de desviación de poder (que en el caso, la reprogramación, obedecía a razones de índole ideológica).

En otra causa distinta, en materia de empleo público, se expidió la Corte en un caso de una designación contractual de un empleado que se desarrolló por varios años vulnerándose el derecho constitucional a la estabilidad. En ese caso, también, la Corte Suprema analizó el vicio de desviación de poder y concluyó que se habían utilizado figuras

⁵⁰ Op. Cit Alejandro Pérez Hualde "Desviación de poder como sistema y un instrumento necesario: las lealtades personales".

⁵¹ CSJN " Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos" sentencia del 23/06/1992 Fallos: 315:1361

contractuales para encubrir la designación permanente del empleado público⁵².

Este control judicial de la figura de la desviación de poder también se despliega por parte los tribunales internacionales, en concreto, lo vemos a través de los decisorios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH).

En el reciente fallo "Granier" de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se ha examinado la legalidad de la decisión de no renovar la licencia de televisión que ocupaba en Venezuela, desde hacía 53 años, Radio Caracas Televisión.

En ese pronunciamiento, la Corte Interamericana resaltó la importancia en indagar sobre los motivos que llevaron a emitir el acto a los fines de controlar si era distinta a la norma que le atribuyó la competencia para obrar.

De modo tal que el Tribunal tomó como punto de partida que las actuaciones de las autoridades estatales estaban cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales tenía que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe.⁵³

Es por eso que la Corte Interamericana, analizando las pruebas recolectadas, en este decisorio concluyó que la finalidad declarada para legitimar la no renovación de la licencia, no era la real y que sólo se dio con el objetivo de dar una apariencia de legalidad a las decisiones tomadas.

⁵² CSJN Fallos 333:311, Año 2010. Nos referimos al famoso fallo "Ramos" que fue reiterado en casos análogos.

⁵³ CIDH Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela. Sentencia del 22 de junio de 2015.

IV. 6) Requisito ético de los Contratos Administrativos:

Los actos de corrupción en las contrataciones públicas se relacionan directamente con la ética pública, que fuera introducido como un nuevo derecho en nuestra Constitución del año 1994.

El requisito ético es un derecho que emerge de la Constitución Nacional que, según Canda, consiste en el derecho de los habitantes al cumplimiento –por parte de los agentes estatales- de determinadas pautas de comportamiento basadas en valores considerados socialmente fundantes-. La ética es un derecho de incidencia colectiva siendo titulares del mismo todos los habitantes del suelo argentino⁵⁴.

El comportamiento ético se traduce en actos concretos orientados hacia el interés público. El solo conocimiento de los valores es inútil si no se ponen en operación. Toda discusión teórica respecto a la ética sólo tiene sentido si se logra hacerla operativa mediante la conducta de los servidores públicos. El deber ser y las intenciones son buenas pero la ejecución, la actuación, sin duda, siempre será mejor

Tendencias recientes en la administración pública (OCDE, BID, CLAD, Transparencia Internacional, Unión Europea) sugieren que los países reconozcan la necesidad de ajustar sus valores para promover la integridad y contrarrestar la corrupción en el servicio público. Tanto gobernantes como gobernados consideran, cada vez más, la necesidad de prevención de antivalores en las gestiones públicas.

En cuanto a la autonomía del recaudo o requisito moral o ético en el campo del Derecho Administrativo y, más precisamente, en los actos administrativos, Estela Sacristán afirma que si bien no está incluido en los elementos del acto administrativo (artículo 7 LNPA), la faz ética se

⁵⁴ Op cit Fabian O. Canda "El Régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas".

desprende de cada uno de los elementos enunciados en la norma, por lo que la ética debe ser el criterio de interpretación y aplicación de todos los elementos del acto.⁵⁵

IV. 7) Vicio de desviación de poder vs vicio de corrupción. ¿Similitudes? ¿Diferencias? ¿Estamos frente a un nuevo vicio del contrato administrativo?

Como vimos, en la introducción, el punto de partida de este trabajo tiene como eje cardinal indagar si existe un vicio autónomo (el de corrupción) y su vinculación con la desviación de poder.

La importancia del tema, como vimos en las aproximaciones generales, es notoria toda vez que cada vez es más habitual encontrarnos con contrataciones irregulares del Estado llevadas a cabo por funcionarios públicos que actúan dolosamente para obtener beneficios patrimoniales y/o extrapatrimoniales. En clara contraposición con el ideal de construir una Administración eficaz, eficiente y ética conforme los lineamientos de nuestra Constitución Nacional.⁵⁶

Ahora bien, habiendo analizado el término "corrupción" y el vicio de desviación de poder, nos surge el siguiente interrogante: ¿se trata de dos vicios distintos o bien se pueden incluir los actos de corrupción dentro del vicio de desviación de poder? Y, es más, podemos seguir preguntándonos: ¿hay diferencia en el grado de invalidez entre uno y otro vicio? ¿Qué consecuencias podemos inferir si se comprueba la configuración del vicio de corrupción?

⁵⁵ Estela B Sacristán "Acerca de la faz ética de los actos administrativos" El Derecho, Buenos Aires, t. 238, pp.911-926 (08/07/2010 N° 12.540).

⁵⁶ Op cit. Fabián O. Canda "El Régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas".

Este tema fue traído a debate por parte del Dr. Julio Comadira quien, en el Seminario Internacional de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires del año 2004, señaló que compartía la posición de Ignacio Frandsen en cuanto a que el artículo 17° de la Ley N° 25.188 de Ética en la Función Pública -cuando establece que los actos emitidos por funcionarios alcanzados por las reglas de incompatibilidades y conflictos de intereses- eran nulos de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la Ley N° 19.549.

Sobre esta temática, Pérez Hualde se pronunció comenzando a apreciar sutiles diferencias conceptuales entre la corrupción y el vicio de desviación de poder.

"Si bien ***no todos los casos de corrupción nos colocan frente a un supuesto de "desviación de poder" por ser aquel concepto más amplio, por el contrario -cuando hablamos de desviación de poder estamos hablando en todos los casos- de corrupción*** en la administración pública o en el órgano que se trate.⁵⁷ (el resaltado me pertenece).

Se coloca el instituto de la desviación de poder en el centro de la esencia de la corrupción en general y de la corrupción política en especial. Tanto es así que se ha afirmado que la corrupción comienza cuando el poder se ejerce sin sujeción a las normas y en otros casos cuando existe una desviación del poder provocada por una falta deliberada de acatamiento al sistema de normas jurídicas cuando éste existe."⁵⁸

En sintonía con ello, las mismas preguntas que nos planteamos al inicio de este capítulo fueron indagadas por el Dr. José Luis Said en un artículo de doctrina comienza diciendo que no es fácil determinar con certeza

⁵⁷ Op. Cit Alejandro Pérez Hualde "Desviación de poder y globalización".

⁵⁸ Op Cit Alejandro Pérez Hualde "Desviación de poder y globalización".

absoluta que existe un vicio de corrupción porque, en la generalidad de los casos, la corrupción es el telón de fondo donde se ejerce la actuación administrativa.

Este autor entiende que es difícil caracterizar los actos de corrupción y, más aún el vicio de corrupción. Plantea que se puede caracterizar ese supuesto vicio como un entramado de vicios que tienen como nexo común la necesidad de lograr, con ese acto, beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales para beneficio propio o de un tercero⁵⁹.

Asimismo, este autor advierte que, en muchos casos, los actos de corrupción no conllevan vicio alguno porque tienen como finalidad que se dicte el acto debido e, incluso, puede hacerse presente la corrupción para evitar que se dicte el acto o contrato administrativo. Situaciones en las que no habría estrictamente vicio del contrato administrativo pero sí responsabilidad administrativa y penal del funcionario; responsabilidad que tiene como bandera preservar el buen funcionamiento de la Administración.

Siguiendo esta opinión de Said, podemos reflexionar que el supuesto vicio de corrupción no podría ser considerado con carácter autónomo sino que, en definitiva, la corrupción podría recaer en cualquiera de los elementos del contrato (en la finalidad, en la causa, en el objeto, etc.).

Por lo que es importante analizar los actos de corrupción llevados a cabo por funcionarios en ejercicio de funciones públicas vinculándolo con los elementos del acto administrativo.

En función de ello, cotejando la corrupción con los elementos del acto (artículo 7º LPA) la competencia, el objeto, la causa, los procedimientos,

⁵⁹ José Luis Said "La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento" AAVV Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Buenos Aires, RAP 2009. Páginas 490/500.

la motivación y la finalidad advertimos, como mencionamos, que los actos de corrupción pueden afectar cualquiera de ellos.

La finalidad que está determinada por el ordenamiento jurídico se encuentra prevista por la LPA como un requisito esencial: “habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, **sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.** Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

De este modo, específicamente en materia de contratos administrativos que ostenten el vicio de desviación de poder, el funcionario actúa con una finalidad pública o privada expresa o implícita distinta de la perseguida por la ley, ya sea en beneficio propio o de un tercero. En estos casos, se trata de violaciones de la ley y vulneración del ordenamiento jurídico. Pero, a diferencia de los actos corruptos, en el vicio de desviación de poder no es necesario, indefectiblemente, que haya inmoralidad o falta de ética.

Así, Said menciona que la misma Corte Suprema se ha expresado al respecto poniendo de resalto que, en el control judicial, carece de interese el móvil subjetivo de quien llevó a cabo el acto, basta que se pruebe que se desvió el fin establecido en la norma que lo habilitó para ejercer la competencia.⁶⁰

Aquí cabe hacer una aclaración, ya que viendo el texto de la norma, se ha criticado los términos de la LPA cuando se refiere a “perseguir ***encubiertamente*** otros fines”, y se ha reafirmado que, en el caso del

⁶⁰Op cit José Luis Said “La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento”.

vicio o desviación del poder, no es necesario el ocultamiento o el engaño, como dijimos la falta de moralidad.

En esta línea de pensamiento, Pérez Hualde manifiesta que la necesidad de la norma de ocultar (al decir textualmente "encubiertamente") sumada a la interpretación restrictiva de los vicios causantes de nulidad, provoca una dificultad que llevada al extremo induce a la validez donde la desviación es abierta y notoria.⁶¹

En los casos de desviación de poder, no es necesario indefectiblemente que haya inmoralidad o falta de ética, como lo indica Said no es necesario que exista un móvil subjetivo para que haya desviación de poder basta con que se desvíe el fin establecido por la norma habilitante⁶².

En relación nos encontramos con los aspectos probatorios sobre el vicio de desviación de poder, siendo importante mencionar que es criterio de la Corte que la desviación de poder exige un esfuerzo para su acreditación aunque resulta para ello admisible las presunciones como medios probatorios, porque, por el contrario, el mismo se reduciría a una verdadera prueba diabólica.

Es por ello que la jurisprudencia se ha encargado de poner de resalto que resulta necesario, en aras de acreditar los vicios, analizar todas las circunstancias que rodearon al acto administrativo. Así, José López Mendoza indica que se debe analizar el procedimiento adoptado por la Administración a los efectos de otorgar el acto; las razones de servicio

⁶¹ Op. Cit Alejandro Pérez Hualde "Desviación de poder y globalización".

⁶² Op cit José Luis Said "La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento".

invocadas por esta; el trato desigual, sin móvil de interés general que los justifique y la proporcionalidad o ajuste del objeto al fin del acto.⁶³

Es por ello que es necesario que los jueces analicen con suma estrictez las conductas que pueden configurar actos de corrupción en las contrataciones públicas porque, además de ser faltas administrativas, éstas pueden ser tipificadas como delitos que deben ser reprimidos.

A modo de colofón, en virtud de todo lo mencionado y para responder al interrogante planteado, se podría interpretar que el hipotético vicio de corrupción podría ser considerado como un vicio que pueden afectar cualquiera de los elementos del contrato y no solo la finalidad como sucede con el vicio de desviación de poder donde incluso puede perseguirse finalidades públicas distintas a la queridas por el legislador al sancionar la norma habilitante.

Por todo lo mencionado, y a modo de síntesis, vemos la dificultad de considerar que existe un vicio autónomo de corrupción, aunque es dable poner de resalto en la necesidad de controlar y ponderar los móviles subjetivos de los funcionarios actuantes para investigar, y a todo evento, sancionar las conductas ilícitas de aquellos que podrían configurar verdaderos delitos.

IV). 8) La invalidez de las contrataciones viciadas. Jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia de la Nación y de los Tribunales inferiores:

Como anticipáramos líneas antes, no debemos dejar de lado la faz ética de los actos administrativos. A lo largo de los fallos de la Corte Suprema de Justicia se ha afirmado que el Estado se halla sujeto a una finalidad

⁶³ José A. López Mendoza "La Desviación de poder" Estudios de Derecho Público. Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, 1º Edición Diciembre 2013. Página 308.

ética⁶⁴. Pero, trayendo a colación la inquietud de Estela Sacristán, podemos efectuarnos el siguiente interrogante: ¿que ocurre con la ética y la moral cuando se ingresa en el campo de los actos administrativos?.⁶⁵.

A la respuesta a este interrogante intentamos aproximarnos en los capítulos anteriores analizando los actos de corrupción como un supuesto contrario a la ética y a la moral, pero ¿qué dice la jurisprudencia, en general, con relación a los vicios en las contrataciones públicas?

En los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema se ha rechazado las acciones tendientes a reclamar el pago de prestaciones realizadas poniendo de relieve las formalidades en los contratos administrativos; sin entrar a analizar con mayor detenimiento el tema; aunque sí reconociendo el enriquecimiento sin causa siempre y cuando se lo haya planteado en la demanda y se pruebe el empobrecimiento del contratista.

Como se adelantó precedentemente, es unánime que nuestro máximo tribunal condiciona la validez y eficacia de las contrataciones pública al cumplimiento de las disposiciones en cuanto a la forma y procedimientos para su celebración.⁶⁶

Además la jurisprudencia ha aplicado principios del derecho en las contrataciones públicas y los tribunales nacionales y provinciales se han pronunciado al respecto trayendo a colación en sus fundamentaciones el principio de buena fe -con sustento en el entonces vigente art. 1198 CC

⁶⁴ CSJN Mickey SA s/ infracción, Fallos 314: 1376. Sentencia del 15 de marzo de 1991.

⁶⁵ Op cit. Estela Sacristán "Acerca de la faz ética de los actos administrativos"

⁶⁶ CSJN Carl Chung Kao, 2001, Fallos 324:3019, Mas Consultores, 2000, Fallos 323:1515, Servicios Empresariales Wallabies SRL, 2000, Fallos 323:1841, El Rincón de los artistas SRL, 2003, Fallos 326:3700, Punte, 2006, Fallos 329:809, Cardiocorp SRL, 2006, Fallos: 329:5976, entre otros).

el que se complementaba con el art. 1071 CC⁶⁷- que refleja el principio que veda el ejercicio antifuncional de los derechos.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte ha expresado: "Los principios contenidos en el art. 1198 del Código Civil son aplicables en el ámbito de los contratos administrativos".⁶⁸

A título ejemplificativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la legitimidad de una rescisión contractual en los autos "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA", en los siguientes términos:

"Es que el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura (Fallos: 312:1725, considerando 10). Dicha premisa sirve de base, a su vez, a otras dos. Por un lado, hace exigible a la administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar (Fallos: 310:2278, considerando 9º). Como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público."⁶⁹

Este principio de buena fe que resulta aplicable tanto en las contrataciones privadas como en las públicas se impone tanto a la administración como al contratista y, en función de ello, a lo largo de sus pronunciamientos la CSJN ha enfatizado que la violación al principio de

⁶⁷ El entonces vigente art. 1071 cc rezaba: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

⁶⁸ CSJN Fallos 315: 890. Astilleros Costaguta SA c/Estado nacional PEN Ministerio de economía. Sec Int Marítimos s nulidad de resolución y daños y perjuicios. Fecha 12/05/92

⁶⁹ CSJN Fallos 325: 1787 "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo" 18/07/2002

buena fe contractual opera como causal de rescisión independiente de la efectiva producción de un daño o de los créditos o débitos que la administración tenga con la contratista.

El principio de buena fe que impera en el ámbito privado y público es traído a colación en varios pronunciamientos judiciales, reafirmando la Corte que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión", siendo esos principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos⁷⁰, como vimos en el Capítulo II. Allí, se puede analizar una disidencia del Ministro Guillermo López, en el cual señala que es dable exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza.

Paralelamente a ello y por el principio de buena fe, transparencia, y de igualdad, la Corte Suprema de Justicia de Nación ha sido severa al rechazar reclamos de contratistas cuyos contratos fueron celebrados omitiéndose por ejemplo las formalidades esenciales de la licitación pública⁷¹.

Es así que nuestro máximo tribunal ha vinculado el incumplimiento de los procedimientos legales (como el caso de la omisión de la licitación

⁷⁰ CSJN Fallos: 317:1340 "Credimax S.A.C.I.F.I.A c/ Empresas Ferrocarriles argentinos s/nulidad de la resolución" Fecha 20/10/1994 Con cita de: Fallos: 305:1011; 311:970; 313:376 -voto del doctor Fayt-; causa Y.11.XXII. "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes" (LA LEY, 1992-B, 216 - DJ, 1992-1-899 - IMP, 1992-A, 714 - ED, 146-337 - LC, 1992-524, con nota de Rolando O. Guadagna, publicado en LLC, 1992-521), sentencia del 3 de marzo de 1992; causa A.588.XXII. "Astilleros Costaguta S.A. c/ Estado Nacional (PEN -Ministerio de Economía- Secretaría de Intereses Marítimos) s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios" -LA LEY, 1992-E, 575 (38.236-S)-, sentencia del 12 de mayo de 1992; causa L.483.XX. "Lockwood S.A. c/ La Pampa, Provincia de s/ aprobación de contrato", sentencia del 16 de junio de 1992, entre muchos otros

pública) con la forma del respectivo contrato, provocando la nulidad del mismo por defecto de forma.⁷²

“No puede soslayarse que la validez de los contratos administrativos se encuentra supeditada, en razón del principio de legalidad que rige toda acción u omisión administrativa, al cumplimiento de los procedimientos de selección impuestos por las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes (Fallos 316:382 y 323:1515 entre otros). La forma, en tal aspecto, no obedece a un extremo simplemente ritual, responde a cuestiones sustanciales que sean oportunos y adecuados al interés público, todo ello en un marco de transparencia”.⁷³.

En el fallo “CardiCorp”⁷⁴ la Corte Suprema mantuvo la postura de la necesidad de cumplimentar las formas esenciales que hacen al procedimiento de selección del contratista; enfatizando en la necesidad de llevar a cabo la licitación pública para que concurren varios oferentes que permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente y, en consecuencia, evitar la existencia de sobreprecios.

De un simple cotejo de la jurisprudencia nacional podemos concluir que nuestros tribunales no han ido más allá del análisis de las formalidades contractuales y del resguardo de las formas esenciales; sin adentrarse específicamente en el examen de los actos de corrupción como subespecie del vicio de desviación de poder.

⁷² CSJN Fallos: 179: 271 in re “SA Empresa Constructora F H Schmidt c/ Provincia de Mendoza s/ cobro de pesos” Fecha 24/11/1937.

⁷³ CSJN, Fallo 329:5975. in re “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa CardiCorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, de fecha 27/12/06

⁷⁴ Ibidem CSJN “CardiCorp SRL c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

IV) 9) Proyección a futuro del vicio de corrupción: Las acciones “Qui Tam”.

Sin pretender exceder el objeto de estudio, se verifica la importancia y relevancia de la corrupción con las proyecciones legislativas que se están impulsando en esta materia.

Los proyectos legislativos se han propulsado en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país para implementar políticas públicas efectivas para contrarrestar la corrupción.

En este camino, ante la constatación del incremento mundial de los actos corruptos, ha surgido una acción civil⁷⁵ denominada “Qui Tam” que procura la participación ciudadana en la denuncia de violaciones de normas jurídicas que afectan el orden público.

En el derecho comparado estadounidense es en donde más se ha desarrollado este tema, en donde el Presidente Lincoln ha propulsado su inserción en el sistema jurídico norteamericano para combatir el fraude a gran escala que tenía como partícipes a contratistas del gobierno y proveedores militares. De modo que, como instrumento para erradicar ello, y ante la carencia de recursos e infraestructura suficiente, se otorgó el poder al pueblo para actuar y compartir el producto recuperado del acto ilícito.

Este recurso ha funcionado aproximadamente 140 años desde su implementación a través del False Claims Act y, se ha fortalecido de gran manera, hasta el punto que en el año 1986 el Congreso de los Estados

⁷⁵ “qui tam pro domino rege quam pro se ipso inhaec parte sequitur” (quien presenta la acción al rey también la presenta para su propia causa). Es oportuno mencionar que se disiente con la naturaleza civil de la acción, toda vez que por tratarse de una cuestión inminentemente de derecho administrativo y ser competente el juez en lo contencioso administrativo, correspondería que se trate de un acción procesal administrativa por tratarse de materia incluida en los términos del art. 2º de la Ley local N° 1305.

Unidos la declaró la primera herramienta jurídica para combatir el fraude⁷⁶.

Ahora bien, ¿qué ocurre en nuestro país? Como dijimos, en concordancia con los tratados internacionales que han sido ratificados y a la luz de la necesidad de poner coto a la incipiente corrupción con políticas públicas, han existido varios proyectos en el Congreso Nacional para la consagración de la "Acción Qui Tam", pero hasta el momento no se han logrado avances.

Estos proyectos legislativos, al igual que en el derecho comparado, tienen como objeto "procurar la recuperación o interdicción de fondos estatales que hubiere sido ejecutados en perjuicio del Estado, contrariando las prescripciones del ordenamiento jurídico. Para lograr dicha finalidad, se prevé legitimar a la ciudadanía, con la entrega de una recompensa para el caso en que reciba acogida su pretensión".⁷⁷

Resulta destacable que la legitimación activa de esta acción sea amplia y abarque a todos aquellos ciudadanos afectados (como sucede en nuestro país con las llamadas acciones de clase de conformidad al art. 43 CN)⁷⁸, y no solo eso sino que, además, se recompense con dinero a quienes inicien estas acciones; siendo ello una manera para incentivar a los denunciantes.

⁷⁶ Pablo Neme "Observatorio Transparencia y Anticorrupción" Hacia una Ley Qui Tam. San Miguel de Tucumán, Noviembre 2014. Extraído de: http://anticorrupcion.com.ar/doc/Qui_tam.pdf

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ Cabe destacar que en los proyectos legislativos se prevén excepciones a la legitimación activa. A saber: El Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, el Procurador del Tesoro de la Nación, la Oficina de Anticorrupción, el Ministerio Público, Fiscalía de Investigaciones Administrativas, la Comisión Nacional de ética pública, el Defensor del Pueblo, entre otros. La inteligencia de esta disposición radica en la conveniencia de evitar que personas con conocimiento interno sobre movimientos de fondos, puedan actuar solapadamente para organizar un "mise en scene" que les resulte provechoso convirtiendo así al mecanismo, en una herramienta para delinquir.

Consideramos la implementación de este tipo de acción puede ser un medio eficaz para combatir los actos de corrupción que se llevan a cabo contra las arcas públicas, aunque aún se encuentra en período de gestación y tenemos que esperar los avances al respecto.

Como síntesis de este acápite resulta interesante traer a colación las palabras de Bianchi:

“Las acciones qui tam presentan una forma de legitimación muy curiosa, en la cual la ley permite que los particulares se conviertan en abogados del Estado, actuando a su propio riesgo con el estímulo de obtener un porcentaje de los fondos que aquél recupere con motivo de la acción entablada. En la Argentina la lucha contra la corrupción en cualquiera de sus campos -incluida la contratación administrativa – está encomendada a diversos órganos estatales, pero no se ha ensayado nunca este sistema, que a primera vista no engendra costo ni riesgo alguno para el Estado, quien se limita a permitir que sean los particulares quienes se arriesguen en la tarea de descubrir fraudes contractuales y demanden judicialmente a los autores de aquéllos”⁷⁹.

⁷⁹ Alberto B Bianchi “ Las acciones Qui Tam como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados unidos”, EDA 2001/2002-589

Capítulo V. Consideraciones Finales:

A modo de breve resumen, es necesario resaltar que el punto de partida de este trabajo fue el estudio del régimen jurídico de las contrataciones públicas teniendo como eje cardinal que la esfera contractual forma parte de una de las funciones administrativas más importantes del Estado.

A partir de allí se observó que las contrataciones públicas, a pesar de hallarse sujetas al principio de legalidad y tratarse de procedimientos reglados -en muchas de sus etapas-, las mismas son utilizadas para cometer actos ilícitos por parte de los funcionarios y terceros que intervienen en ellas; configurándose, de este modo, contrataciones irregulares y, en consecuencia, nulas de nulidad absoluta en los términos de la LPAN.

De este modo, primeramente, en este trabajo se pusieron de resalto las normas que regulan las contrataciones públicas con el fin de comparar lo que dice el derecho con lo que sucede en la realidad contractual dentro de todas las órbitas del Estado.

Al inicio de este trabajo se estableció como hipótesis la existencia autónoma del vicio de corrupción con características propias pero admitiendo que, muchas de ellas, eran similares al vicio de desviación de poder.

Para intentar responder a las preguntas de investigación estudió, con detenimiento, el vicio de desviación de poder y su vinculación con el elemento "finalidad" del acto administrativo; resaltando las características propias de este vicio para indagar, de este modo, sobre las similitudes y las diferencias con los actos de corrupción.

Este análisis permitió concluir que la hipótesis de trabajo no se verifica toda vez que el hipotético vicio de corrupción no existe con la entidad suficiente que se planteara al inicio de la investigación.

A esta conclusión se arribó al analizar la doctrina y jurisprudencia sobre el tema. Lo cual permitió reflexionar que bastará, para impedir la validez de un acto administrativo –y específicamente de los contratos administrativos- que éste fuera dictado por el funcionario como consecuencia de haber introducido en su concepción “un interés diferente de la administración”, es decir por haberse desviado del interés público como fin último, sin perjuicio que haya habido intencionalidad o no.

En otras palabras, cuando hay desviación de poder ello conlleva la nulidad del contrato administrativo no siendo necesario analizar el móvil subjetivo en la emisión del mismo, a pesar de la redacción del artículo 7° de la LNPA cuando se refiere a “perseguir encubiertamente”.

Ahora bien, adoptando el criterio de corrupción como enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos –sin que ello llegar a ser una definición acabada del término-, los actos de corrupción pueden provocar –siguiendo la postura de Said- la invalidez de las contrataciones públicas incidiendo en cualquiera de sus elementos y configurando diferentes tipos de vicios (por ejemplo el vicio de competencia, de desviación de poder, de falta de motivación, etc.).

Es por ello que los actos corruptos pueden implicar que el acto/contrato administrativo sea emitido por un organismo incompetente, o no se cumplan con los procedimientos formales o bien no esté debidamente fundamentado, entre otras consideraciones.

Es claro, entonces, que existe una vinculación entre los actos de corrupción y los vicios en los contratos administrativos, pero ello no

implica necesariamente que pueda considerarse a la corrupción como una causal autónoma de nulidad.

Amén de ello, y postulando el criterio que los actos de corrupción se caracterizan por el enriquecimiento ilícito de los funcionarios en ejercicio de la función pública, es necesario remarcar que estas prácticas podrían ser consideradas no solo faltas administrativas sino, también, delitos penales que deben ser sancionados.

La necesidad de combatir los actos corruptos se debe a que la corrupción resulta, en definitiva, abiertamente violatoria de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional y supraconstitucional.

Por ese motivo que creemos importante que el Estado frente a la corrupción impulse políticas públicas activas transparentes, por ejemplo orientadas a la recuperación de los activos provenientes de los actos de corrupción, la protección de los denunciantes, de los informantes y de los testigos de actos de corrupción, el fortalecimiento de los órganos de control especializados en la materia, etc.

Debemos recalcar la necesidad y urgencia que todos los ciudadanos asumamos esa tarea para desterrar el estado de corrupción imperante en todas las instituciones de nuestro país, para lo cual es necesario modificar ciertas conductas adoptadas, muchas veces, por costumbre. Aunque sabemos que se va a ser un proceso lento, ya que no puede haber soluciones mágicas, las medidas de reforma del estado deben acompañarse de un cambio cultural paulatino, que adopte y acepte como propios las distintas medidas tendientes a lograr los principios de transparencia, publicidad y eficiencia en la Administración.

Capítulo VI. Bibliografía:

Doctrina. Por orden Alfabético.

1. BIANCHI Alberto, "Las acciones Qui Tam como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos", EDA 2001/2002-589.
2. BIDART CAMPOS Germán J "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" T VI Buenos Aires, Ediar, 1995, p- 267 y sigs.
3. BUSTELO, Ernesto N "Contrato viciado por omisión de la licitación pública (A propósito de Cardiacorp)" Suplemento de Derecho Administrativo de la Ley, Director Agustín Gordillo, 28/06/07, Página 32.
4. BUSTELO, Ernesto N "Desafíos Actuales y Futuros de la licitación pública". Páginas 18/19. En Obra "Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo", de Víctor Hernández-Mendible Coordinador. Caracas, Venezuela. Año 2009.
5. CANDA Fabián Omar "El Régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas". EDA 2003, Páginas 565 y siguientes.
6. CANDA Fabián Omar "La Desviación de Poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso "Granier" (Radio y televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado. Primera parte: contornos tradicionales de la figura". Publicación Diario DPI. N° 92-24.11.2015.

7. CANDA Fabián Omar "La importancia del elemento forma en el contrato administrativo" (consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la CSJN) Versión de la conferencia pronunciada en las Jornadas UA 2006 (17-5-06) y publicada en el libro de las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral por RAP, año 2007.
8. CASSAGNE Juan Carlos "El contrato administrativo" Segunda Edición, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2005, Buenos Aires, página 19.
9. CHINCHILLA MARIN Carmen "La desviación de poder" Ed. Civitas, Madrid, páginas 85 y 111.
10. COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula "Delitos en las contrataciones públicas" Editorial Ad- Hoc. Buenos Aires, Año 2012. Páginas 75/ 103.
11. COMADIRA, Julio Rodolfo – MONTI, Laura (colaboradora), Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2002.
12. COMADIRA, Julio Rodolfo. "Curso de derecho administrativo". Editorial La Ley. 2º quincena mes de marzo de 2012. Página 777.
13. COVIELLO, Pedro José Jorge "La teoría del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" Capítulo 2 , en obra colectiva, La contratación pública, Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (dirección), p. 90, Buenos Aires, Hammurabi, 2007
14. DROMI Roberto "Derecho Administrativo" 10º Edición Editorial Ciudad Argentina Año 2004, Buenos Aires. Página 20.
15. FARRANDO (h) Ismael, Martínez Patricia R. "Manual de derecho administrativo", Ediciones Depalma Buenos Aires, 1996. Página 297.

16. GARCIA SANZ, Agustín "Licitación Pública vs. Contratación Directa ¿La batalla perdida?" Res Pública Argentina 2006-3. Página 75/98.
17. GARZÓN VALDEZ Ernesto "Acerca de la calificación moral de la corrupción" Insonomía N° 21, Octubre/2004.
18. GONZALEZ, Pérez Jesús "La ética en la Administración Pública" 2° edición, Madrid, 2000, Página 40.
19. GORDILLO Agustín "Tratado de derecho administrativo" Tomo II. Capítulo XIX "La responsabilidad civil de los funcionarios", página 2. 10° Ed.
20. IVANEGA Miriam Mabel "El principio de Buena Fe en los contratos administrativos" RAP Digital N° 360. Página 23. Septiembre/2008.
21. LÓPEZ MENDOZA, José A. "La Desviación de poder", Estudios de Derecho Público. Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aire, 1° Edición Diciembre 2013. Páginas 308/309.
22. MAIRAL Héctor "Las raíces legales de la corrupción" Revista RAP. Página 55. Publicado en Cuadernos de la RPA, Editorial Rap, Buenos Aires, 2007.
23. MARQUEZ Daniel "El derecho humano a la no corrupción en derechos humanos en IberoAmerica (coord. José R. Olivos Campos) Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México 2010, página 189 y siguientes.
24. MIKKELSEN- LOTH Jorge Federico "Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública" Editorial La Ley, Año 2001. Página 70.
25. NEME Pablo "Observatorio Transparencia y Anticorrupción" Hacia una Ley Qui Tam. Documento de Trabajo N° 2. Observatorio de la

Corrupción de Tucumán, San Miguel de Tucumán, Noviembre 2014.

Extraído de: http://anticorrupcion.com.ar/doc/Qui_tam.pdf.

26. NINO Carlos S "Un país al margen de la ley", Buenos Aires, Emecé, 1992, Página 110.
27. Oficina Anticorrupción de la República Argentina "Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción" pagina web <http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/>
28. PEREZ CORTES, María Jeanneret de "Función Pública, Ética Pública y Corrupción en organización administrativa, función pública y dominio público" RPA, Buenos Aires, 2005, Página 649.
29. PEREZ HUALDE Alejandro "Desviación de poder y globalización" www.saij.jus.gov.ar, Infojus: DACC030070, Año 2003. Página web: www.infojus.gob.ar
30. PEREZ HUALDE, Alejandro "Desviación de poder como sistema y un instrumento necesario: las lealtades personales", Publicado en Sup. Administrativo 2013 (febrero) LA LEY 2013-B, 660, Página 5/12.
31. SABSAY Daniel y Pablo MANILI "Constitución de la Nación Argentina" y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 2 Editorial Hammurabi Año 2010, páginas 89/90.
32. SACRISTÁN Estela "Acerca de la faz ética de los actos administrativos" página 343 y siguientes Artículo publicado en "EL DERECHO" Buenos Aires, t 238, Páginas 911/926 (08/07/2010, n° 12.540).
33. SAID José Luis "La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento" AAVV Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Buenos Aires, RAP 2009. Páginas 490/501.

34. SIMONETTI, José María "Notas sobre la corrupción" Revista Penal y Estado N° 1 "Corrupción de los funcionarios públicos" Editores del Puerto 1996, Páginas 165 y siguiente.
35. SILVA TAMAYO Gustavo Capitulo titulado "Abuso de derecho ¿estatal?", en el libro Desviación de poder y abuso de derecho, publicado en Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. Ad, 2006, 1° edición, páginas 1417/1422.

Jurisprudencia:

1. CSJN Fallos 317:1340 "Credimax S.A.C.I.F.I.A c/ Empresas Ferrocarriles argentinos s/ nulidad de la resolución" Fecha 20/10/1994.
2. CSJN Fallos: 179:271 "SA Empresa Constructora F H Schmidt c/ Provincia de Mendoza s/ cobro de pesos" Fecha 24/11/1937.
3. CSJN Fallos 325:1787 "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo" Fecha 18/07/2002.
4. CSJN Fallos 323: 1515 "Mas Consultores Empresa Sociedad Anónima c/ Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía" Fecha 01/06/2000.
5. TSJ Acuerdo N° 14. Provincia del Neuquén "Monetti Carlos Alberto c/ Provincia del Neuquén s/ acción procesal administrativa" Fecha 07/04/2010.
6. CIDH "Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs Venezuela". Fecha 22/06/2015.
7. CSJN Fallos 333:311 "Ramos, José Luis c/Estado Nacional (Min. de Defensa – A.R.A.) s/indemnización por despido" 6/4/2010. R.354.XLIV; Año 2010.

8. CSJN Fallos: 335:1385 "Lix Klett SAIC (s/ quiebra) c/ biblioteca nacional. Secretaría de Cultura de la Nación s/ cobro de sumas de dinero" Expediente N° L 249 XLV. Fecha 31/07/2012.
9. CSJN 315:1361 "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos".23/06/1992
10. CSJN Fallos 314:1376 "Mickey SA s/ infracción". 15/03/1991.
11. CSJN Fallos: 323:1841. "Servicios Empresariales Wallabies S.R.L. c/Provincia de Salta", 11/07/2000.
12. CSJN Fallos 315: 890 "Astilleros Costaguta SA c/ Estado Nacional PEN Ministerio de economía Sec Int Martítimos s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios". Fecha 12/5/92.
13. CSJN Fallos: 313:376 "Dulcamara SA c/ Entel" Fecha 29/03/1990.
14. Cámara de Casación Penal. Ciudad Autónoma de Bs As. Sala IV "Alsogaray María Julia s/ rec de casación e inconstitucionalidad" Fecha 09/06/2005.
15. CSJN Fallos 315:1492 "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros". Fecha 7/7/1992.
16. CSJN Fallos, 326:1280 "Magnarelli, César Adrián c. Misiones, Provincia de y otros s/cobro de pesos", Fecha 10/04/2003.
17. CSJN "Punte, Roberto Antonio c/Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato" P.238.XXVIII originario, sentencia de fecha 21/3/06.
18. CSJN Fallos 324:3019 "Carl Chung Kao c/ Provincia de La Pampa s/ cobro de pesos", 2001.
19. CSJN Fallo 326:3700 "Rincón de los artistas SRL c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario". Fecha 30/09/2003.
20. CSJN Fallos: 329:5976 C. 1597.XL. "Recurso de Hecho. Cardiocorp SRL c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", 2006.

