

# Ética aplicada a la contratación pública administrativa

*Pedro R. Iphais\**

## **Resumen**

En el presente trabajo se pretende destacar la importancia de realizar reflexiones en torno a la ética aplicada al momento del dictado de resoluciones administrativas en general y, en particular, al momento de adoptar decisiones relacionadas con el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional en Argentina. Más allá del “boom” de lo que se conoce como ética pública, pensar en términos éticos en la resolución de cualquier asunto puede contribuir en calidad, previsibilidad, coherencia y aclaraciones conceptuales y, en definitiva, coadyuva a alcanzar la excelencia en las funciones del servicio civil.

Palabras clave: ética aplicada, ética pública, ética aplicada a la función administrativa, régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional.

\* Abogado Especialista en Derecho Tributario (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA), Egresado del Programa de Actualización y Profundización en Derecho Penal Tributario (UBA) y del Curso Superior en Contrataciones de la Administración Pública (EACAE); Perito Abogado del Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública, Corte Suprema de Justicia de la Nación; [piphais@csjn.gov.ar](mailto:piphais@csjn.gov.ar).

## **Applied Ethics in the Contractual General Regimen for the Public Administration Offices**

### **Abstract**

The purpose of this paper and work is to highlight the importance of thinking over the applied ethics when passing administrative resolutions, in general, and, in particular, when adopting decisions related to the Contractual General Regimen for the Public Administration Offices in Argentina. Beyond the “boom” of what is known as public ethics, thinking in ethical terms in the resolution of any matter can contribute to quality, predictability, coherence and conceptual clarifications and, ultimately, contributes to achieving excellence in the functions of the civil service.

Keywords: Applied Ethics, Applied Ethics for the Public Administration Offices, Contractual General Regimen for the Public Administrative Offices.

### **I. Introducción**

En las líneas siguientes me propongo analizar el funcionamiento de la ética aplicada a la función administrativa en general y, en particular, de la ética aplicada a la contratación pública administrativa. Para ello se analizan tres casos importantes de ética aplicada: la ética pública, que ha sido objeto de profusos análisis doctrinarios y considerada de manera expresa en el derecho positivo,<sup>1</sup> la ética aplicada al razonamiento judicial y la ética aplicada a la función administrativa.

Corresponde destacar que, a partir del auge de la llamada ética pública, tanto el Derecho Internacional como el Derecho Interno de muchas naciones han sido atravesados por el fenómeno de la positivización de postulados

1. La doctrina española define a la ética pública como “ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos” (Rodríguez Arana, Jaime, “Sobre ética pública en la Administración Pública”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo IX, Año 2002, p. 59). En Argentina basta con ver el texto de la Ley N°25.188, “ley y ética en el ejercicio de la función pública”.

éticos. En el presente trabajo se parte, como premisa, de considerar que la ética pública no es más que un supuesto de ética aplicada, para luego examinar si resulta comparable y se relaciona con aquella que rige otros campos de actividad íntimamente relacionados, como la ética aplicada al razonamiento judicial y al momento del dictado de actos administrativos.

Luego de un análisis de los citados casos de ética aplicada, propongo ver el alcance de cada uno y la posible existencia de relaciones entre ellos. Para finalizar se analizarán situaciones particulares relacionadas concretamente con el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, por ser uno de los aspectos de la actividad administrativa que ha recibido mayor atención.

En particular, más allá del avance de la llamada ética pública como exposición de principios que deben regir la conducta de los funcionarios públicos, no se han detectado mayores análisis sobre la forma en la cual se utilizan las teorías de ética normativa al momento del dictado o el análisis posterior de resoluciones administrativas.

En consecuencia, considero que un análisis desde el punto de vista de la filosofía moral<sup>2</sup> puede resultar de utilidad. Simplemente espero despertar algún interés sobre las reflexiones en torno a la ética aplicada en este campo particular, por considerar que pueden aportar calidad y previsibilidad en las resoluciones y, además, aportar un marco de coherencia y claridad conceptual.

Como primera medida, siendo que el presente trabajo refiere a la filosofía moral, resulta necesario introducir algunos conceptos básicos y luego realizar una referencia a la discusión sobre relaciones entre derecho y moral. Aclaro que no se tratan todas las posturas ni existe pretensión de agotar esta discusión, sino que solo se utilizan aquellas que, a mi entender, permiten plantear una suerte de *impasse* que permita hacer a un lado esta discusión

2. Corresponde aclarar que en el presente trabajo los términos ética y moral son utilizados como sinónimos. El vocablo *ethiké* procede del griego *ethos*, que significa “hábito”, “costumbre” o “carácter”. La ética es entonces la disciplina del conocimiento que estudia las actitudes, hábitos y costumbres del ser humano, sistematizando dichos actos y estableciendo las formas deseables de actuación. El término moral deriva del término latino *mosmoris*, que significa “hábito” o “costumbre” o “que tiene buenas costumbres”. En consecuencia y más allá de que existan discusiones sobre las diferencias entre ambos conceptos, etimológicamente significan lo mismo.

a efectos del presente texto. En este esfuerzo, intentaré dejar aclarado qué entiendo por Directrices y Principios a los fines del presente trabajo.

## II. Los tres niveles de la filosofía moral

El estudio de la ética presenta tres niveles diferenciables.

### 1. *La metaética*

La metaética funciona a nivel analítico; estudia la naturaleza de los razonamientos y juicios morales y su justificación. Se enfrenta al problema de la justificación lógica de los juicios de valor y al modo en que los mismos pueden considerarse asequibles a la razón humana.

En este nivel teórico se analiza el tipo de significado que caracteriza a los términos éticos –como “bueno”, “justo”, “correcto” y sus opuestos– y el significado de los juicios de valor –como “la pena de muerte es injusta”–, ya que la posibilidad de justificar racionalmente los juicios valorativos depende de qué clase de juicio son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan típicamente para formularlos.<sup>3</sup>

Existe un gran número de teorías que se han desarrollado con el fin de establecer el significado de los términos éticos, su naturaleza y el carácter lógico de los juicios de valor.

La principal distinción se da entre aquellas teorías que consideran que los enunciados éticos tienen naturaleza descriptiva de determinado tipo de hechos y las teorías llamadas no descriptivistas.

Para los primeros, los juicios de valor tienen significado cognoscitivo y pueden ser verdaderos o falsos –llamados descriptivistas–. Se agrupan bajo esta idea las teorías naturalistas, objetivas y subjetivas y las no naturalistas, dentro de las cuales destaca el intuicionismo.

3. Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2da. edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, p. 354.

Las teorías no descriptivistas consideran en cambio que los enunciados éticos no están destinados a enunciar propiedades físicas. No se producen con el fin de transmitir información sino con otros objetivos, por ejemplo, influir en la conducta de los seres humanos; en consecuencia, pueden no ser verdaderos o falsos; dentro de estas teorías podemos destacar el emotivismo y el prescriptivismo.

## 2. La ética normativa

La ética normativa se encarga de “formular y justificar (suponiendo que ello sea posible) juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas o justas”.<sup>4</sup> Se encarga de establecer a nivel abstracto las nociones de lo bueno y lo correcto, recibiendo en algunos casos cierta influencia de parte de la metaética, porque suscribir a alguna de las teorías sobre la naturaleza de los juicios morales puede llevar a consagrar determinados valores. Pero usualmente, “la metaética no nos dice qué principios morales debemos defender, sino cuál es la naturaleza de los principios éticos que defendemos”.<sup>5</sup>

Siguiendo a Farrell corresponde señalar: “Hay tres teorías éticas normativas que dominan el panorama de la filosofía moral: dos son éticas del deber, y la tercera es una ética del carácter”.<sup>6</sup>

Las teorías éticas del deber establecen a nivel abstracto un catálogo de deberes morales que son el deontologismo y el consecuencialismo. La llamada ética del carácter es la ética de la virtud.

### 2.A. El deontologismo

El deontologismo contiene un catálogo de conductas expuestas como prohibiciones, que consisten en actos considerados intrínsecamente incorrectos. La corrección o incorrección de una acción se establece con total independencia de los efectos que produzca.

4. *Ibid.*, p. 354.

5. Farrell, Martín D., “La ética de la función judicial”, en *Función Judicial. Ética y Democracia*, Malem, J.; Orozco, J. y Vázquez, R., Barcelona, Ed. Gedisa, 2003.

6. *Ibid.*

Las concepciones deontológicas exigen a los agentes abstenerse de hacer el tipo de cosas que son malas, con independencia del resultado que produzcan y “...aun cuando éstos prevean que su negativa a realizar estas cosas les producirá claramente un mayor daño (o menor bien)”.<sup>7</sup>

Kant, considerado el máximo exponente del deontologismo, postula que las obligaciones morales son mandatos absolutos, que nacen como obligaciones autoimpuestas y resultan universalizables, lo que equivale a decir que los principios fundamentales puedan ser adoptados por todos.<sup>8</sup> La moral encuentra su fundamento absoluto en la razón, que actúa libre e incondicionadamente. La razón es un elemento interno de la práctica moral que consiste en la actividad voluntaria del sujeto como uso práctico de la razón. Este uso práctico de la razón, es decir, las acciones determinadas volitivamente, configuran el principio de la acción.

De este modo, las obligaciones morales provienen de mandatos producidos *a priori* por la razón; no se producen *a posteriori* porque entonces tendrían un origen empírico y externo a la razón, perdiendo su carácter incondicional.

Estos mandatos imperativos son universales, por provenir de la razón como facultad de lo universal, e incondicionados o categóricos, constituyendo deberes absolutos. En base a su carácter universal y categórico, las reglas morales solo pueden ser formales, dado que los mandatos se presentan vacíos de materia o contenido.

“La fórmula de la ley universal exige no solo que formulemos un principio universal que incorpore una descripción del acto válida para un acto determinado. Exige que la máxima, o principio fundamental, de un agente sea tal que éste pueda ‘quererla como ley universal’.”<sup>9</sup>

Más allá de haber recibido críticas en torno al formalismo, dado que según algunos autores el imperativo categórico no identificaría principios de deber y se encontraría vacío de contenido, la obra de Kant sigue siendo la teoría que, de manera más influyente, afirmó la existencia de principios morales universales adoptados sin condicionamientos.

7. Davis, Nancy, “La deontología contemporánea”, en *Compendio de ética*, Singer, P., Madrid, Ed. Alianza, 2004, p. 293.

8. Onora, O’Neill, *La ética kantiana*, <http://cursofilosofiamoral.blogspot.com/2010/06/la-etica-kantiana-onora-oneill.html>

9. *Ibid.*

En definitiva, el deontologismo define lo correcto con total independencia de lo bueno. La felicidad es buena, pero no cualquier conducta que maximice la felicidad es correcta. “Por más que una conducta X produzca un estado de cosas A, y por más que este estado de cosas A sea el que contenga mayor felicidad posible, todavía debo preguntarme si la conducta X es la conducta correcta, y si no lo es, entonces no puedo llevar a cabo A, porque al deontologista no le preocupan solo los estados de cosas, sino –muy especialmente– la relación del agente con los estados de cosas”.<sup>10</sup>

Analiza entonces los medios empleados, con total independencia del fin a lograr.

### *2.B. El consecuencialismo*

El consecuencialismo, en cambio, es una teoría ética que sostiene la prioridad de lo bueno (aquel estado de cosas que maximiza la utilidad general) sobre lo correcto. Dicho en otros términos, lo bueno trae consigo lo correcto. No existe una conceptualización de lo correcto como algo distinto de lo bueno. Para un consecuencialista lo correcto es, simplemente, maximizar lo bueno.

La versión más conocida es el utilitarismo, donde lo bueno es la felicidad, con lo cual lo correcto es maximizar la felicidad.

No existen entonces mayores restricciones para la persecución de lo bueno. Simplemente el fin de la acción tiene que estar justificado y, a su vez, el medio a emplear tiene que ser aquel que mejor produzca el fin buscado, teniendo en cuenta una ecuación de costo-beneficio.

### *2.C. La ética del carácter*

La llamada ética del carácter es la ética de la virtud. Surge a partir de la primera obra escrita sobre la temática, *Ética nicomáquea* o *Ética a Nicómaco*, escrita por Aristóteles en el siglo IV a. C., que recopila las enseñanzas de otros sabios. Según el autor, no es más que una porción del saber de la ciencia política, que parte de conocer la naturaleza del hombre, sus diferentes caracteres y formas de conducta, conocimientos que se corresponden con

10. *Ibid.*

el objeto de estudio de la ética, que sistematiza dichos actos y define formas deseables de actuación.

La ética del carácter clasifica las formas de comportamiento. Se identifican con virtudes aquellos actos que resultan positivos o convenientes al ser humano sin perjudicar al autor o a terceros; son ejemplos la honestidad, la justicia, la libertad, el honor, la prudencia.

La virtud es una disposición adquirida que parte de actuar en función de una deliberación racional, acorde a quien realiza la acción y que consiste en adoptar el justo medio como equilibrio moderado de dos extremos defectuosos.

Toda posible acción humana puede encuadrar en tres supuestos: una acción por exceso, la otra por defecto y la tercera por el punto medio, que contiene una parte de las otras acciones en exceso y en defecto. El punto medio o justo medio se identifica con la virtud como equilibrio moderado entre ambos extremos.

Las virtudes se identifican con la excelencia, han sido designadas por la tradición con el nombre de excelencias. No se dan por naturaleza, sino que resultan hábitos que se adquieren actuando de acuerdo a la recta razón.

### *3. La ética aplicada*

Por último, la ética aplicada como tercer nivel de la filosofía moral utiliza los conceptos e instrumentos desarrollados por la ética normativa para el análisis de cuestiones controvertidas en determinadas áreas del comportamiento humano. De forma tal que el contenido de los juicios morales que se aplican va a estar determinado por la teoría de ética normativa que se adopte.

Como ejemplos de la ética aplicada podemos citar la ética de la función judicial, la ética ambientalista, la ética tecnológica y la bioética. En este trabajo postulo la existencia de cuestiones controvertidas que se relacionan con la función administrativa en general y, en particular, con el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional en Argentina, que pueden ser abordados a partir de la filosofía moral.

Si bien es cierto que, en este campo, la realización de análisis desde la ética aplicada no puede darnos respuestas precisas respecto a lo que los agentes deben hacer, ayuda a identificar problemas y ofrece la posibilidad de abordarlos aportando claridad conceptual.

### **III. La tesis de los derechos y la discusión relativa a la conexión entre derecho y filosofía moral**

Realizar un análisis de ética aplicada nos lleva, de manera inmediata y necesaria, a la discusión que se ha presentado en torno a las relaciones entre el derecho y la filosofía moral.

Sobre todo, porque, como se verá a lo largo del trabajo, se valora la consideración realizada por Ronald Dworkin<sup>11</sup> en torno al valor de los derechos y su prevalencia sobre consideraciones de utilidad, que implica consecuencias sobre la ética normativa.

Un tratamiento de la ética aplicada a la función administrativa o a la función judicial adoptando todo o parte de la tesis de Dworkin supone analizar si, como postula el autor, el razonamiento moral y filosófico forma parte de las resoluciones administrativas y de las sentencias judiciales y, por lo tanto, integra el concepto de derecho; o si, por el contrario, es una herramienta externa que permite detectar problemas y brindar algún tipo de orientación.

Por ello, más allá de que no es mi objetivo centrarme en la discusión sobre estas relaciones entre derecho y moral, corresponde realizar una referencia a la postura del autor y a su crítica. Luego intentaré demostrar que el análisis propuesto puede resultar de interés y utilidad cualquiera sea la postura que se sostenga en torno a las relaciones entre derecho y filosofía moral.

En definitiva, intentaré explicar por qué –a mi criterio– esta discusión puede obviarse en el tema puntual que me propongo tratar. Dicho en otros términos, aspiro a que el tema tratado en este trabajo pueda ser de alguna utilidad para quienes sostienen una u otra posición.

Dworkin<sup>12</sup> postula la integración de la filosofía moral al concepto de derecho. En resumidas cuentas, el autor entiende que, en la práctica judicial, la forma en la cual el derecho se aplica y se acepta u obedece demuestra que la filosofía moral interviene en el derecho y forma parte de él. Básicamente, porque en la aplicación del derecho intervienen tanto normas como directrices y principios, que no tendrían lugar en el positivismo jurídico, dado que este solo identifica normas.

11. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2da. ed., 1989.

12. *Ibid.*

Según el autor, las directrices muestran objetivos sociales que se deben alcanzar porque se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad, dando razones para decidir en un sentido determinado e informan a las normas jurídicas, de forma tal que la literalidad de la norma puede ser desatendida por un juez cuando viola un principio de importancia en el caso específico.

Es así como el razonamiento jurídico invoca y utiliza principios que son desarrollados lentamente por los tribunales mediante un largo proceso de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales y, por ello, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, porque los principios juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en casos difíciles. Bajo estas premisas sostiene que la tesis central del positivismo –la separación entre derecho y moral– es falsa.

Desde el positivismo, una mirada crítica de esta perspectiva ha sido producida por Genaro Carrió, quien sostiene que la crítica de Dworkin es solo aparente, porque el propio crítico se mueve dentro del positivismo. La regla de reconocimiento proveniente de la teoría de Hart no solo permite identificar normas, sino también estándares y principios que forman parte del sistema.

En particular, Carrió aclara que el análisis sobre la forma en que el derecho se aplica realizado por Dworkin proviene de un estudio descriptivo sobre el funcionamiento constitucional de los Estados Unidos. Por ello, la tesis de integración del derecho y la filosofía moral parte de un dato fáctico, motivado en el hecho de que la Constitución norteamericana ha incorporado algunos estándares y principios como criterios últimos de validez. En este sentido, sostiene que el análisis realizado por Dworkin tiene una base fáctica, más que necesaria o conceptual.<sup>13</sup>

Dado que el presente trabajo se basa en el análisis de determinados casos de ética aplicada, corresponde dejar en claro que tanto los derechos individuales como las directrices y principios que serán citados a lo largo del mismo se encuentran incorporados a nuestro sistema jurídico. Por tal

13. “...esa conexión, por estrecha que sea, no es necesaria ni conceptual, sino solo contingente. Depende del hecho de que las prácticas de los jueces del sistema muestran que ellos aceptan y aplican como criterios de validez jurídica, estándares morales incorporados a la Constitución”, Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cuarta edición, Abeledo Perrot, 2011, p. 346.

motivo el análisis que propongo puede realizarse sin necesidad de adoptar una postura determinada sobre la función de la ética en el derecho.

En última instancia, el análisis de ética aplicada que intento realizar deberá ser visto como un análisis realizado desde la ética, sobre cuestiones controvertidas en un ámbito determinado.

El presente trabajo intenta resaltar el valor que puede aportar la realización de un análisis a partir de la ética aplicada. Permite a quienes toman decisiones, resuelven o dictaminan en la práctica casos relacionados con la función pública en general, y en particular con la función administrativa, identificar la teoría de la ética normativa que motiva su decisión, resolución, dictamen o sentencia. Además, pretendo que el presente trabajo brinde herramientas tendientes a demostrar las reglas generales de aplicación de una u otra teoría ética a los casos particulares.

En definitiva, rescata el valor de identificar los postulados correspondientes a la ética normativa que se utilizan al resolver casos y, en particular, se exponen ejemplos correspondientes al régimen de contrataciones públicas, por considerar que un análisis de ética aplicada puede aportar claridad a uno de los ámbitos más cuestionados de la actividad administrativa.

### *1. Sobre el sentido y alcance de los principios jurídicos*

No podemos desconocer que la discusión sobre la cual se alertó en el punto anterior tiene un fuerte impacto con relación al sentido y alcance de los principios jurídicos.

Conforme fuera adelantado por Dworkin, los principios son preceptos que hacen referencia a la justicia y la equidad, cuyo enunciado no determina las pautas o condiciones para su aplicación, sino que son aplicables en función de su peso específico. Informan a las normas de manera tal que su significado literal puede ser desatendido por un juez cuando resulta contrario a un principio de importancia. Como hemos visto, para este autor el razonamiento jurídico involucra principios que los tribunales van creando a lo largo del tiempo mediante la reiteración de precedentes. De este modo los principios morales forman parte del derecho. Junto a los principios existen *directrices* que especifican objetivos sociales que deben alcanzarse y se consideran socialmente beneficiosos.<sup>14</sup>

14. Ronald Dworkin, *op. cit.*, en nota 11, p. 72.

Carrió<sup>15</sup> critica esta postura al sostener que la crítica de Dworkin al positivismo es inexacta, porque la regla de reconocimiento de Hart posee una textura abierta que permite identificar tanto reglas específicas como *standards* y *principios*. No existe además diferencia lógica entre los mismos. Solo forman parte del sistema aquellos principios que, identificando pautas, objetivos o exigencias de justicia o equidad, funcionan como reglas de segundo nivel, que sirven para ajustar, ampliar o restringir las reglas de primer nivel.

Conforme fuera adelantado, más allá de pretender resaltar el valor de un análisis realizado desde la ética normativa, entiendo que esta discusión puede darse por zanjada en el caso, porque la positivización en general, el fortalecimiento del catálogo de derechos y garantías constitucionales y el fenómeno de normativización de postulados éticos, significó la incorporación de *principios* en muchos países y, en particular, en nuestro sistema jurídico.

En consecuencia, me permitiré referir las *directrices* para identificar objetivos y los *principios* como preceptos que, expresando elementos constitutivos e ideas fundamentales del sistema, brindan criterios integradores, explican cómo deben interpretarse y aplicarse los distintos institutos y, por último, brindan justificación y otorgan legitimidad a la adopción de resoluciones y a la aplicación de las leyes.<sup>16</sup>

#### **IV. La positivización de postulados éticos**

La preocupación por erradicar prácticas corruptas en el funcionamiento de los Estados ha llevado a que en la década del 90 varios países utilizaran instrumentos normativos para consagrar postulados éticos, con el fin de encauzar el comportamiento de sus funcionarios públicos en general y de determinadas prácticas administrativas en particular. Este fenómeno se conoció como “juridización” o “positivización” de postulados éticos. De este modo se incorporaron principios éticos a los sistemas jurídicos de distintos países. La Argentina no fue una excepción.

15. Carrió, Genaro R., *op. cit.*, en nota 13, p. 354.

16. Esta manera de identificar a los principios parte de la idea de Yacobucci, en su obra *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma SRL, 2002. pp. 57-61.

Respecto de la aplicación de la ética al sector público, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “El Estado Nacional y aun la Administración Pública más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional teleológica y ética por excelencia.” (P.T.N., Dictamen 233:372 Expte. No 5611/96, entre muchos otros).

De este modo todos los funcionarios y agentes de los tres poderes del Estado, así como los particulares que se relacionan con ellos, se encuentran sujetos a determinados deberes éticos que hoy se encuentran positivizados.

La tendencia consistente en positivizar postulados éticos se vio reflejada en Argentina. La reforma constitucional de 1994 incorporó un artículo que refiere expresamente a la ética pública y, además, se suscribieron Tratados Internacionales que consagran determinados principios. Pero debe destacarse que existieron disposiciones éticas contenidas en la Constitución histórica de 1853. A partir de este tipo de normas nuestra doctrina ha sostenido que el presupuesto ético es esencial a la democracia.<sup>17</sup>

A título de ejemplo podemos citar lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución originaria, que actualmente está comprendido en el artículo 66, en cuanto dispone que ambas Cámaras deben dictar su reglamento interno y cuentan con facultades para “... corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación...”.

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las cláusulas constitucionales que regulan incompatibilidades de funcionarios públicos descansan en “una razón de orden ético, que no puede interpretarse extraña al sistema jurídico general que rige a la función pública argentina”.<sup>18</sup>

Conforme fuera expuesto en la reforma de 1994 se incorporó al texto constitucional la mención expresa de “ética pública”. El artículo 36 dispone: “... atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en

17. Conf. Sagüés, Néstor Pedro, *El factor ético, presupuesto de la democracia*, ED, 81-868.

18. Causa “Lamas Emilio M. c/ Banco Mercantil Río de la Plata Me Montevideo”, JA, T° 29 (1975), p. 9; y “Pérez Sánchez, Luis - acumula exptes. 2187/93 – ex SI.GEP. y/o SI.GE. NA. s/ Recurso de Hecho”, 6 de Mayo de 1997; Nro. Interno: P516XXIX; T. 320, P.

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”.

A su vez existen normas de derecho internacional, incorporadas a nuestro derecho con jerarquía superior a las leyes, que incorporan principios y postulados éticos aplicables a la función pública. En particular, estos principios tienen impacto en la Contratación Pública Administrativa en relación a la cual se brindarán ejemplos al final de este trabajo.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Ley N°24.759 (B.O. 17/01/1997), incorpora en materia de contrataciones públicas diversas normas operativas, modificatorias ellas del régimen general hasta entonces vigente.

En tal sentido, conforme al art. III de la mencionada Convención, nuestro país debe “considerar la aplicabilidad de medidas [...] destinadas 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” (inc. 5°) y “... Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones”.

En fecha 18/10/2000 fue publicada en el Boletín Oficial la Ley N°25.319, que aprueba la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, mediante la cual los Estados firmantes se obligan a tipificar el delito de cohecho a un funcionario público extranjero y crear un régimen de responsabilidad para las personas jurídicas que cometan este tipo de delitos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por medio de la Ley 26.097, (B.O. 09/06/2006), dispone en su artículo 9 que cada Estado 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, para prevenir la corrupción, generar cooperación entre los países firmantes y la obligación de rendir cuentas por parte de los funcionarios.

Los sistemas deberán comprender publicidad y difusión relativa a procedimientos de contratación pública; la formulación previa de las condiciones de participación en los procedimientos de selección y la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública.

Además, deberán proveer mecanismos eficaces de revisión, en sede administrativa y judicial de lo resuelto por las autoridades administrativas y, fundamentalmente, promover la existencia de declaraciones de interés por parte de los funcionarios respecto de determinadas contrataciones públicas y procedimientos de preselección.

En nuestro derecho interno, mediante el Decreto 41/99 (B.O. 03/03/99), se creó un Código de Ética para la Función Pública que identificó el fin de la función pública con el bien común. “El fin de la función pública es el bien común y los funcionarios tienen el deber primario de lealtad con su país a través de las instituciones democráticas de gobierno”. Esta norma incorpora como principios generales los siguientes: probidad, prudencia, justicia, templanza, idoneidad y responsabilidad.

El legislador cumplió el mandato contenido en el artículo 36 de la Constitución Nacional con el dictado de la Ley 25.188 (B.O. 01/11/99), de Ética en el Ejercicio de la Función Pública. Esta norma establece un conjunto de deberes, principios de comportamiento ético y prohibiciones aplicables sin excepción a todas las personas que ejerzan la función pública, ya sea en forma permanente o transitoria, en los tres poderes que comprenden el Estado. Crea un régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades y sanciona con nulidad absoluta los actos dictados en violación al mismo. Instaura un régimen de declaraciones juradas patrimoniales y reglamenta la recepción de obsequios por parte de los funcionarios.

Por su parte, la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N°25.164 (B.O. 08/10/99) establece también deberes, prohibiciones e incompatibilidades en sus artículos 23 a 25, por medio de los cuales se establece la obligatoriedad de actuar conforme a principios éticos.

A través del Decreto N°1172/03 se dictó el reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, para la publicidad de gestión de intereses en el ámbito del PEN, para la elaboración participativa de normas, el acceso a la información pública para el PEN y de reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos. En tal norma se permite incluso identificar a los responsables de los procedimientos y establecer

mecanismos que aporten transparencia en la gestión de actos de gobierno, haciendo hincapié en la participación ciudadana. La audiencia pública constituye una instancia en los procesos de toma de decisiones, a cuyo fin cualquier persona afectada o que tenga un interés particular o general podrá poner en conocimiento o manifestar su perspectiva sobre el tema a decidir en forma particular o general. Esta opinión pese a no ser vinculante deberá ser considerada.

La Ley 27.275 (B.O. 29/9/2016) sobre el acceso a la información pública establece que se deben publicar en forma periódica y por medios digitales en formatos abiertos “g) El listado de las contrataciones públicas, licitaciones, concursos, obras públicas y adquisiciones de bienes y servicios, especificando objetivos, características, montos y proveedores, así como los socios y accionistas principales, de las sociedades o empresas proveedoras”.

Durante el año 2017 fueron dictadas dos normas tendientes a evitar conflictos de intereses. El Decreto N°201/2017 (21/03/2017) prevé que la representación en juicio del Estado Nacional será ejercida por la Procuración del Tesoro de la Nación –que posee un cierto grado de independencia técnica en función de lo dispuesto por la Ley 24.467– en los procesos de cualquier naturaleza en que sea parte un organismo o entidad comprendida en el Sector Público Nacional definido en el artículo 8° de la Ley N°24.156, en los que el presidente de la Nación, el vicepresidente de la Nación, el jefe de Gabinete de ministros o cualquier ministro del Poder Ejecutivo Nacional o autoridad de igual rango, tenga en relación a una de las partes en el proceso, sus representantes legales o letrados patrocinantes.

El Decreto N°202/2017, sancionado también en fecha 21/03/2017, menciona en sus considerandos que, de acuerdo a las Convenciones Internacionales suscriptas por la Argentina, las contrataciones públicas deben ejecutarse en un marco de transparencia e integridad, publicidad de los actos e igualdad de tratamiento entre oferentes y proveedores competidores.

En particular ordena en su artículo 1°: “Toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública o de otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado, llevado a cabo por cualquiera de los organismos y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8° de la Ley N°24.156, debe presentar una ‘Declaración Jurada de Intereses’ en la que deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por algún

supuesto de vinculación, respecto del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros...” y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, o las autoridades encargadas de la contratación del trámite.

Cuando se encuentre presente alguno de los supuestos de vinculación, el organismo o entidad en cuyo ámbito se desarrolle el respectivo procedimiento deberá aplicar los siguientes trámites y procedimientos:

a) Comunicar la “Declaración Jurada de Intereses” a la Oficina Anticorrupción y a la Sindicatura General de la Nación dentro de los tres (3) días de recibida; b) Arbitrar los medios necesarios para dar publicidad total a las actuaciones en su página web y en la de la Oficina Anticorrupción; c) Adoptar, de manera fundada y dando intervención a la Oficina Anticorrupción y a la Sindicatura General de la Nación, al menos uno de los siguientes mecanismos:

- I. Celebración de pactos de integridad.
- II. Participación de testigos sociales.
- III. Veeduría especial de organismos de control.
- IV. Audiencias Públicas.

d) El funcionario con competencia para resolver y respecto del cual se hubiera declarado alguno de los vínculos precedentemente señalados, deberá abstenerse de continuar interviniendo en el referido procedimiento.

A su vez el 1 de diciembre de 2017 fue publicada en el Boletín Oficial la Ley N°27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A partir de su sanción, la Argentina cumple con estándares y compromisos asumidos internacionalmente.

Mediante este régimen se afirma que, la adecuación de la conducta principios éticos no solo corresponde a los funcionarios públicos, sino también a los particulares cuando se relacionan con el Estado. Instauration de la responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas –sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal– por la comisión de actos de corrupción, puntualmente por delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balance e informes falsos.

En función de lo expuesto y sin pretensión de ser taxativo, entiendo que en el ordenamiento positivo argentino se han plasmado los siguientes principios aplicables a la función pública:

Justicia, equidad, igualdad, razonabilidad, publicidad, concurrencia, competencia, transparencia y juridicidad.

Templanza, honorabilidad, honestidad y probidad, rectitud, dignidad, idoneidad, prudencia y responsabilidad.

Por último, encontramos directrices como la eficacia y eficiencia en la satisfacción de los intereses públicos, que se encuentran plasmadas en las Leyes N°24.156 y 25.188.

## **V. Breve mención a los códigos de ética judicial**

A la par del fenómeno de la ética pública, o aun antes, comenzaron a surgir códigos de ética judicial. En el marco de la Organización de las Naciones Unidas, en el año 1985, se procedió al dictado de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura y en el año 2002 los principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial.

Tanto en Europa como en América se han producido documentos a nivel regional que buscan la adopción de determinadas pautas básicas. En particular, en mérito a la brevedad, me limitaré a mencionar el Código Iberoamericano de Ética Judicial reformado en 2014; este instrumento enuncia una serie de virtudes en forma de principios destinados a reglar la conducta de los magistrados, tanto al momento del ejercicio de su cargo como en su vida privada.

Estos principios son el de independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia, equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto, prudencia, diligencia y honestidad. En definitiva, plasman una serie de virtudes que se traducen en deberes, considerados esenciales para la conducta de los magistrados.

En nuestro sistema debe mencionarse el Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero (1998), el de la Provincia de Corrientes (1998), el de la Provincia de Formosa (1998), el Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe (2002) y el Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Considero que el objetivo de estos Códigos es regular la conducta de los magistrados, enunciando una serie de virtudes en forma de principios que integran el núcleo ontológico de la función judicial. Por ello, entiendo necesario aclarar dos extremos, a saber:

- En primer lugar, no constituyen ni forman parte de una teoría de ética normativa especial o particular, sino que son simplemente supuestos de ética aplicada.
- En segundo término, como ética aplicada, consagran los postulados de la ética de la virtud.

## **VI. La ética pública como ética aplicada**

La llamada ética pública funciona a mi juicio del mismo modo que aquella dedicada al comportamiento de los jueces. Como ética aplicada y puesta en práctica en el ámbito público, encuentra su fundamento en la teoría ética de la virtud. Postula que la toma de decisiones se encuentre fundamentada en valores o actos positivos.<sup>19</sup> La ética pública muestra aquellos principios, valores y virtudes deseables para ser aplicados a la función pública.

Quando los principios se asocian a las virtudes éticas, se establece un compromiso por lo público como resultado de la convivencia social del ser humano. En toda norma ética hay una deliberación previa, seguida de una decisión sobre lo que se considera conveniente [...] Se entiende que una persona posee ética cuando logra establecer para sí mismo un conjunto de virtudes que se tornan principios bajo los cuales rige su conducta.<sup>20</sup>

Por ello entiendo que la ética pública engloba un conjunto de mandatos de moralidad en forma de principios, que traducen virtudes, sirven como guía en el actuar de las personas y que, en el caso de nuestro sistema, adoptan además el carácter de principios jurídicos y funcionan de la manera expuesta en el punto anterior.

Para la teoría ética de la virtud, la práctica ética deseada es aquella en la cual las acciones se acompañan de las virtudes, de este modo la persona

19. En la antigua Grecia, se vinculaba a los ciudadanos virtuosos con el ejercicio de la política y de cargos públicos. Es decir, desde aquel entonces se postulaba que los dirigentes políticos debían interiorizar valores.

20. Diego Bautista, Oscar, "De la ética a la ética pública", *Revista IAPEM*, mayo-agosto 2013 (85). pp. 83-103. ISSN 1665-2088. En <https://eprints.ucm.es/23538/>

se halla en un estado activo, que le permite ser consciente de sus actos. “*Estar en acto* significa que el sujeto es dueño de la situación. Que domina los deseos conforme a la recta razón [...] Los principios éticos son una elección para estar en acto día a día en las relaciones con los demás...”.<sup>21</sup>

Ahora bien, la ética pública se aplica inexorablemente al ejercicio de la función pública en los tres Poderes de un Estado de Derecho, motivo por el cual es aplicable tanto al administrador como al legislador y al Poder Judicial.

De acuerdo a sus postulados, los funcionarios de los tres poderes del Estado deben poseer plena conciencia de su conducta y realizar actos concretos orientados hacia el interés de la sociedad aplicando los principios éticos.

Sin embargo, considero que la ética de la virtud no constituye un criterio independiente y dotado de autonomía para analizar la corrección, bondad, y procedencia de las resoluciones administrativas o judiciales particulares. Una decisión administrativa justa se identificará con alguna de las virtudes y receptorá los principios, pero el carácter de un funcionario no puede servir como criterio para analizar la procedencia de una resolución.

Para realizar este tipo de análisis adquieren mayor valor las teorías éticas del deber, que brindan parámetros para establecer lo bueno y lo correcto en casos puntuales. Estas teorías, que sirven para establecer un catálogo preciso de nuestros deberes morales, fueron enunciadas más arriba en el punto II.

Ello más allá de que los principios de la ética pública resultan identificables en resoluciones administrativas y sentencias judiciales.

## **VII. La ética aplicada al razonamiento judicial**

Expuestas sucintamente las teorías de la ética normativa corresponde afirmar, siguiendo a Farrell,<sup>22</sup> que en un país como el nuestro en el cual la Constitución Nacional tiene incorporado un amplio catálogo de derechos

21. *Ibid.*

22. Farrell, *op. cit.* En nota 5.

firmemente establecidos, la teoría que se aplica a la función judicial es el deontologismo, porque a los jueces no se les pide, por ejemplo, que maximicen la felicidad en general, sino que garanticen el respeto de los derechos.

Dworkin<sup>23</sup> sostiene que los derechos son cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad, de forma tal que los jueces deben preocuparse por resguardar los derechos, sin que importen las consideraciones de utilidad. Esto no quiere decir que el juez deba maximizar el respeto del mayor número de derechos, sino que tiene que resguardar los derechos en los casos que son puestos en su consideración.

Por ello el juez puede resolver mediante razonamientos consecuencialistas solo en casos excepcionales en los cuales se produzcan conflictos de derechos de igual jerarquía. Se puede invocar y realizar un razonamiento consecuencialista cuando, identificados los dos derechos en juego, se establece que son de igual jerarquía y no pueden satisfacerse todos en un caso concreto. En estos casos y de forma subsidiaria el juez puede realizar consideraciones de utilidad.

Además, un juez puede utilizar razonamientos consecuencialistas cuando el reconocimiento de un derecho produzca efectos de extrema gravedad. Todo juez debe hacer un cálculo de consecuencias al momento de resolver.

En la mayoría de los casos, el reconocimiento de un derecho no puede producir consecuencias catastróficas, pero aun los deontologistas sostienen que una teoría que no toma en cuenta ninguna consecuencia sería irracional y loca, así la aplicación del deontologismo debe quedar sin efecto en caso de *horror moral catastrófico*.

En cualquier caso lo que los tribunales deben hacer es fundar, en forma explícita, por qué en un caso concreto y bajo qué causal de excepción relegan el reconocimiento de un derecho en base a consideraciones de utilidad.

## **VIII. La ética aplicada a la función administrativa**

Farrell considera que existen determinados actos realizados en busca de la utilidad general, concebidos para producir más beneficio que

23. *Op. cit.* En nota 11.

daño, en los cuales los argumentos de utilidad pueden servir para restringir derechos. Se trata de casos que denomina "... secundarios en un ordenamiento jurídico: determinar la dirección del tránsito vehicular por ejemplo".<sup>24</sup> Entonces parecen identificar un conjunto de casos, en los cuales la utilidad resultaría suficiente como justificación, y por ello los califica como secundarios.

Sin embargo, si este tipo de actos pueden identificarse con aquellos que se cumplen en ejercicio de la función administrativa, rige sobre ellos el derecho administrativo, lo cual torna inexacta dicha consideración, al menos en el caso del derecho argentino.

En nuestro país, la administración pública no puede afectar en forma efectiva o potencial derechos individuales, ni derechos de incidencia colectiva. Esto es así porque en nuestro sistema jurídico en general y en el derecho administrativo en particular rige el principio de juridicidad, que exige que "... todo el accionar del Estado se someta al ordenamiento jurídico considerado como un todo".<sup>25</sup>

Lo medular de estos casos *secundarios* sería entonces que no están en juego derechos individuales. Esto es así porque la pretensión especial en contra de cualquier acto o ley surge cuando están en juego los derechos individuales de los particulares.

El Principio de Juridicidad tiene especial impacto en el derecho administrativo. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "... es inherente a la función administrativa que esta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esta sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos [...] El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en el que el propio Estado se encuentra inmerso, como lo ha señalado esta Corte...".<sup>26</sup>

24. Farrell, *op. cit.* En nota 5.

25. Julio Rodolfo Comadira, "El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger", *El Derecho Administrativo (EDA)*, 2015, p. 75.

26. CSJN Fallos 315:2771 "Serna de López, Helena María c/ Bahuoffer Martha Beatriz s/ recurso de hecho).

Ahora bien, el derecho administrativo es una “... rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”.<sup>27</sup> La nota que distingue a esta rama del derecho es su caracterización como un régimen exorbitante, en base al cual la administración goza de prerrogativas en la consecución de exigencias de interés público.

Pero a estas exigencias de interés público se oponen los derechos y garantías individuales contenidas en nuestro sistema, con lo cual el régimen exorbitante debe consistir en buscar el equilibrio entre el interés público y estos derechos y garantías.

La Ley N°25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública a la cual nos hemos referido, además de consagrar normativamente principios y pautas éticas, dispone la obligación de los funcionarios públicos de respetar el ordenamiento (art. 2 inc. a), y además de “Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular” (art. 2 inc. c).

Es decir, la ponderación del interés público es una directriz que se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento. Por ello la doctrina entiende que debe considerárselo como una pauta de interpretación de la relación jurídico-administrativa, en la inteligencia de que ese interés engloba los intereses de cada ciudadano.<sup>28</sup>

Pero, en principio, el interés público no puede anteponerse a los derechos subjetivos de los administrados. Sentado ello, corresponde precisar que, según mi criterio, los llamados *casos secundarios* o, en otros términos, aquellos casos en los cuales las consideraciones sobre la utilidad o los razonamientos consecuencialistas pueden prosperar en la función administrativa, son aquellos en los cuales no se afectan efectiva o potencialmente derechos de los administrados. Estos casos coinciden con aquellos en los cuales el *interés general* engloba al *interés simple* de un administrado.

27. Gordillo, Agustín A., *Procedimientos administrativos, comentada y anotada con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002, T. I, p. 3.

28. Comadira, Julio Rodolfo, *op. cit.* En nota 25.

El interés simple no es más que el interés común a todos los habitantes de que se cumpla con lo dispuesto en el ordenamiento.

Estos son los casos en que pueden prosperar consideraciones de utilidad. Pero el Principio de Juridicidad lleva a la administración al debido respeto de los derechos de los administrados, con lo cual sostengo que no pueden afectarse derechos en base a consideraciones de utilidad.

La categoría de “interés legítimo” como “interés personal y directo”<sup>29</sup> del administrado es útil para analizar la legitimación de los planteos, pero a efectos del presente trabajo no resulta sustancial. Lo que importa a efectos de un análisis de los actos realizados en función de la ética aplicada, en especial de la aplicación del deontologismo como teoría ética normativa, es el respeto por los derechos individuales y en consecuencia que se evite afectarlos, sea en forma efectiva o potencial.

## **IX. Ética aplicada respecto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional**

Dentro de las funciones de la administración, la contratación pública posee una gran dimensión económica, dado que generalmente significa una porción sustancial del producto bruto interno de los Estados modernos.

Se ha considerado que “la compra de bienes y servicios por los organismos oficiales para sus propios fines es un elemento esencial del funcionamiento de los Estados, ya que asegura los recursos que permiten a los gobiernos llevar a cabo su labor y tiene por ende repercusiones de primer orden para las principales partes interesadas de la Sociedad. La contratación pública es un importante aspecto del comercio internacional”.<sup>30</sup>

29. El alcance del significado de “interés personal y directo”, de acuerdo a nuestra jurisprudencia engloba una afectación actual o potencial, de un derecho individual o de incidencia colectiva, de carácter esencial, patrimonial o moral. Aun puede darse el caso en que el interés resulte ser subjetivo, en el sentido de que dependa de una manifestación particular del interesado (conf. Gordillo, Cap. IV “El interés legítimo”, [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo4.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo4.pdf)).

30. Organización Mundial del Comercio, acta final que incorpora la ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, aprobada por medio de la Ley 24.425 (B.O. 05/01/1995).

Sucedo que las contrataciones de la administración pública han sido identificadas como una de las actividades más vulnerables de la administración.<sup>31</sup> Además, cuando el común de la gente piensa en el fenómeno de la corrupción, piensa también en las contrataciones del Estado.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional actualmente vigente fue sancionado por medio del decreto delegado N°1023/2001<sup>32</sup> y se encuentra reglamentado por medio del Decreto N°1030/2016.

En su artículo 1 consagra una directriz, al decir que el régimen "... tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad". De este modo hace suyos los objetivos de economía, eficacia y eficiencia previstos en la Ley de Administración Financiera N°24.156.

Luego incorpora principios a los cuales deben adecuarse la gestión de las contrataciones, desde el llamado hasta la finalización del contrato:

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

Estos principios enuncian pautas fundamentales del sistema y, a su vez, afirman la vigencia de determinados derechos y garantías en favor de los administrados.

31. De este modo ha sido destacado por la Sociedad Civil Poder Ciudadano, haciendo referencia a que no solo se ven afectadas por la falta de transparencia sino también por la falta de eficiencia (Poder Ciudadano, "Contrataciones públicas vulnerables", Buenos Aires, 2006, p. 24, [www.poderciudadano.org](http://www.poderciudadano.org)).

32. Este decreto fue dictado en el marco de la delegación legislativa producida por Ley N°25.414 y derogó los artículos 55 a 63 de la vieja ley de contabilidad N°23.354/56.

Ahondar en el análisis del régimen de contrataciones excedería el objeto del presente trabajo, motivo por el cual a continuación me limitaré a analizar algunas resoluciones y dictámenes desde la ética aplicada, a efectos de identificar de qué manera se postulan los principios de la ética de la virtud que vinculó a la ética pública y cómo se aplican las teorías éticas del deber.

### *1. La ética y su relación con la buena fe*

Hemos visto que la ética pública se aplica tanto a quienes ejercen la función pública como a los particulares que se relacionan con la administración. Conforme ha sido expuesto más arriba, se considera que el Estado Nacional es una entidad ética y se imponen determinados deberes morales a quienes se relacionan con él.

La gestión del interés público requiere que tanto funcionarios como quienes se relacionan con la administración actúen conforme a principios éticos. La honorabilidad y honestidad forman parte de ellos, sirviendo de base al concepto de buena fe.

Nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en este sentido, en un caso en el cual Agua y Energía Sociedad del Estado declaró resuelto por pérdida de confianza un contrato de consultoría, en tanto el presidente y el vicepresidente de una de las compañías que formaban un consorcio de consultoras contratado habían reconocido haber realizado un pago indebido a funcionarios con parte del anticipo recibido.

Llegado el caso al Tribunal, en función de la interposición de un recurso ordinario de apelación por el consorcio de consultores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó en claro:

... 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 9°). Como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la ad-

ministración en la realización de un fin público. [...] 16) Que, en suma, la rescisión del contrato de consultoría 734 halló sustento en diversas disposiciones examinadas, y, al mismo tiempo, a una razón de interés general, como lo es aquel que tiene la comunidad en que las gestiones de la administración pública, sean realizadas por sí misma o mediante la colaboración de los particulares, se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética, y a la transparencia que hacen nada menos que a la forma republicana de gobierno.

De este modo los mandatos de prudencia y buena fe comprendidos en la ética pública, que responden a la teoría normativa ética de la virtud, funcionan justificando el accionar de la administración y como pauta que marca la improcedencia de determinadas acciones, legitimando una resolución administrativa que fue revisada y confirmada en el caso por la justicia. Del mismo modo funciona el principio de transparencia, cuyo contenido engloba el respeto de la publicidad, la concurrencia y la igualdad.

## *2. La selección de los procedimientos de contratación*

Los procedimientos de contratación son procedimientos administrativos de preparación de la voluntad contractual, que tienen por objeto principal la selección del contratista.

La selección del contratista debe hacerse por regla general mediante el procedimiento de licitación pública o de concurso público. La licitación se realiza cuando el criterio de selección dependa primordialmente de factores económicos y el concurso público cuando estos factores sean primordialmente no económicos.

Estos procedimientos son además preferentes y pueden aplicarse aun en los supuestos en los cuales la normativa autoriza excepciones. Esto es así en tanto permite conjugar de la mejor manera posible los derechos de los administrados, con la directriz que manda satisfacer el interés público con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, coadyuvando al desempeño eficiente y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.

De este modo, el procedimiento que permite conciliar el interés público contenido en las directrices del sistema con los derechos de los

administrados es la regla, y solo puede ser dejado de lado en las circunstancias excepcionales que el propio cuerpo legal indica.

Dentro de estas circunstancias excepcionales se destaca el procedimiento seguido en circunstancias de emergencia,<sup>33</sup> correspondiendo distinguirla de la urgencia. Los casos de emergencia son causados por “... accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que hubiesen creado una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometen la vida, la integridad física, la salud, seguridad de la población o las funciones del Estado Nacional”.<sup>34</sup> Las situaciones de urgencia por su parte, deben ser actuales, concretas, manifiestas e impostergables y deben obedecer a circunstancias imprevistas –lo que excluye el obrar negligente de la propia administración–; las causales deben ser objetivas.

En nuestro país abundan las situaciones en las cuales se invoca la urgencia y emergencia. En particular, las razones de emergencia pública, demostradas a partir de causales objetivas, permiten en determinados supuestos desplazar la aplicación de la teoría de ética normativa deontologista por consideraciones de utilidad. Esto es así en tanto la contratación directa desplaza la aplicación de los principios de concurrencia, competencia, igualdad y transparencia, en procura de satisfacer rápidamente la necesidad pública identificada con el bienestar de la mayoría, en el marco de una emergencia.

Existen en particular situaciones contenidas en el ordenamiento. Pero lamentablemente la pandemia originada por el virus COVID-19 ha generado una regulación particular. Corresponde referirnos sucintamente al régimen general, para luego analizar las normas particulares generadas en función del coronavirus.

33. El art. 25 inc. d) apartado 5 del dto. 1023/2001 establece que podrá procederse a la contratación directa, como excepción al procedimiento de licitación pública: “Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad”.

34. Deni, C. B., “Contrataciones directas en la normativa nacional. Los supuestos de urgencia y emergencia. Diferencias conceptuales y normativas”, *Diario DPI Administrativo*, N°113, 31.05.2016.

*2.A. El tratamiento de los supuestos de emergencia contenidos en el Régimen de Contrataciones*

Conforme ha sido expuesto, el principio de juridicidad conlleva que, en la práctica administrativa, los derechos de los administrados no puedan dejarse de lado en función de consideraciones de utilidad.

En tales condiciones, cuando exista una situación de emergencia demostrada a partir de parámetros objetivos, a resultas de la cual se torne imprescindible dejar de lado los procedimientos que permiten mayor concurrencia y respecto de los derechos de los administrados, puede utilizarse el régimen de excepción, que busca paliar la situación excepcional optimizando el bienestar general.

De acuerdo a lo expuesto, en el régimen que hemos llamado general<sup>35</sup> no puede utilizarse el procedimiento de emergencia en supuestos extraños a los previstos en la norma. Cuando se omite el procedimiento de licitación pública sin que se encuentre presente un supuesto que habilita la excepción, o cuando esta circunstancia no se justifica en un acto administrativo, se afecta tanto el interés público como los derechos de los sujetos que no han podido ser oferentes. En tales condiciones la propia administración ha producido resoluciones y su máximo organismo asesor dictámenes, identificadas claramente con el deontologismo como teoría de ética normativa, en resguardo de los derechos de los administrados conciliándolos con las directrices del sistema.

Como ejemplo corresponde citar la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación, máximo organismo asesor de la Administración, en un Dictamen de fecha 10 de julio de 2001.<sup>36</sup> En este caso, la Coordinadora de la Dirección Nacional de Emergencias Sociales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación solicitó al Director General de Administración la compra urgente de determinados elementos, destinados a paliar las múltiples necesidades requeridas, como consecuencia de la emergencia climática que existía en varias localidades.

En el anexo del menorándum se indican, como objeto de la contratación solicitada, 20.000 chapas galvanizadas, 6.000 colchones y 5.000

35. Art. 25 inc. d, apartado 5 dto. 1023/2001, citado en nota 29; art. 19 dto. 1030/2016.

36. Dictamen sin número, 10 de julio de 2001. Expte. PTN N° 20-00940/2001. Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente (Dictámenes 238:9).

frazadas. Se pidió cotización el día 29 de diciembre, que debía ser presentada el día 3 de enero de 2001.

Dos empresas a las cuales se citó expresamente presentaron ofertas y, sin más trámite, se solicitó la asignación presupuestaria a efectos de adquirir chapas a una de ellas por una suma total de \$276.000.

En el caso, sin que se desconozcan las razones de emergencia invocadas por el Ministerio, la contratación se realizó por fuera del procedimiento contenido en la normativa aplicable. Este procedimiento está destinado a preservar el interés público, de manera conjunta con los derechos de los administrados.

En efecto, en ese momento el procedimiento de contratación directa por urgencia se encontraba previsto en el artículo 56 de la Ley de Contabilidad, reglamentado por el artículo 26 del dto. N°436/2000, que establecía como condición para utilizar dicho procedimiento que la urgencia responda a circunstancias objetivas, y su magnitud deberá ser tal que impida la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno y, también, que deberán ser debidamente fundamentadas por la autoridad competente que autorice el procedimiento.

Por ello, teniendo en cuenta que en el caso no se había dictado ningún acto administrativo y que se había incumplido las normas sustanciales del procedimiento de contratación, se postuló la nulidad de la compra efectuada.

El reclamo de la cancelación de la factura por parte de quien entregó los bienes debía realizarse entonces de acuerdo a la teoría del enriquecimiento sin causa.

De este modo las consideraciones de utilidad contenidas en el pedido realizado por la Dirección Nacional de Emergencias Sociales del Ministerio de Desarrollo Social fueron desoídas en función de la violación de las normas sustanciales de procedimiento, que han sido dictadas en procura de conciliar el interés público con los derechos de los particulares.

Corresponde aclarar que, tanto en la práctica administrativa como judicial, se han analizado una infinidad de casos en los cuales, por medio de actos administrativos se aprueba la cancelación de facturas que no se encuentran respaldadas por un procedimiento de contratación válido. Se trata de la figura conocida como “legítimo abono”, que se basa en la prohibición de la existencia de un enriquecimiento sin causa.

Como es sabido, el derecho administrativo se integra en nuestro derecho con la necesaria revisión judicial de los actos de la administración.

Por ello corresponde citar como ejemplo lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *García, Julio Héctor y Otros c/Estado Nacional* (Fallos: 335:1288), en el cual estableció que: “es un principio uniformemente aceptado que la omisión de la licitación pública, cuando ella es requerida por la ley, vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación” y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista, ya que “las distintas formalidades de que se reviste dicho acto constituyen verdaderas garantías para los intereses en juego, tanto los públicos de la Administración, como los privados, de los proponentes”.

En consecuencia, y más allá de las particularidades que surgen del carácter exorbitante del Derecho Administrativo, de directivas propias y de la necesaria conjugación del interés público con los derechos de los administrados, resulta claro que, al analizar los procedimientos de contratación y la excepcionalidad de la aplicación de aquellos que restringen derechos –aun en situaciones de emergencia– nos llevan a postular que el deontologismo es la teoría de ética normativa aplicable al razonamiento contenido en los Actos Administrativos.

Existen, sin embargo, supuestos excepcionales que pueden llevar a anteponer consideraciones de utilidad, pero deben ser analizados como tales.

### *2.B. El régimen de emergencia originado por el COVID-19*

Lamentablemente, en nuestro sistema, tantas declaraciones de emergencia han llevado a que no sorprenda demasiado la aparición de un régimen específico en función de la pandemia originada por el virus COVID-19. No hay dudas de que la emergencia existe en el caso, pero ya existía un procedimiento de emergencia en el régimen de contrataciones previsto en el Decreto N°1023/2001, a partir del cual podían llevarse adelante los procedimientos de contratación necesarios.

En tal sentido, corresponde destacar que el régimen de emergencia motivado por la pandemia se enmarca en la Ley N°27.541,<sup>37</sup> de “Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública”, que había declarado la emergencia hasta el 31 de diciembre de 2020 en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria

37. B.O. 23/12/2019.

y social, conteniendo una delegación de facultades al Poder Ejecutivo Nacional como tantas otras leyes. Se trató entonces de una ley de emergencia y delegación de facultades legislativas amplia, cuya particularidad radica en la aparición del virus.

Así las cosas, la grave pandemia originada por el coronavirus motivó el dictado de un primer decreto de necesidad y urgencia N°260/2020,<sup>38</sup> mediante el cual facultó al Ministerio de Salud a efectuar “la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender a la emergencia [...] sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional”. Además, amplió la emergencia declarada por la Ley N°27.541 al plazo de un año contado a partir de día del 12 de marzo de 2020.

Luego el 18/03/2020 se publicó en el boletín oficial el DNU N°287/2020. Básicamente dispone que, durante el plazo que dure la emergencia, declarada por Ley N°27.541 y ampliada por medio del DNU N°260/2020, los organismos y entidades comprendidos en el artículo 8 incisos a) y b) de la Ley N°24.156 estarán facultados para realizar contrataciones directas de los bienes y servicios necesarios para atender a la emergencia, sin sujeción a lo dispuesto por el dto. delegado N°1023/2001 y su reglamentación. Es decir que se exceptúa de cumplimiento del régimen no solo a elementos de uso médico, sino también a todo elemento cuya necesidad surgió con la pandemia.

Luego, la emergencia del DNU N°260/2020 fue prorrogada hasta 31/12/2021 por DNU 167/2021.

De este modo surge necesario indagar si la existencia de un régimen de emergencia dispuesto en una norma de alcance general, más allá de las probadas causales de naturaleza objetiva que la causaron, significa abandonar el deontologismo como principal teoría de ética aplicada a la función administrativa. Dicho en otros términos, si una norma de alcance general puede disponer, en un determinado marco de la actividad administrativa motivado por la emergencia, que deben imperar consideraciones de utilidad por sobre las garantías de los administrados.

Para ello deberán analizarse las características principales del régimen. Se trata de un supuesto en el cual la emergencia se encuentra tasada por una norma de alcance general, que en principio antepone la atención de sus causas a los derechos individuales de los administrados previstas en el régimen

38. B.O. 12/03/2020.

de contrataciones de la Administración Pública Nacional. La emergencia lleva a priorizar en este caso la salud de la población, anteponiéndola a las garantías que el régimen prevé en resguardo de los derechos individuales.

Este régimen específico no derogó al general que referimos más arriba. Los casos de contratación directa por emergencia ya se encontraban previstos en el dto. delegado N°1023/2001 y su reglamentación por el dto. N°1030/2016 y continúan estándolo, porque ambos regímenes coexisten.

Debe recordarse que ambos procedimientos son excepcionales, porque en nuestro derecho la regla es la licitación pública (conf. art. 24 dto. 1023/2001 y art. 15 de su reglamentación).

Sucede que en el caso de las normas originadas en los DNU N°260/2020 y N°287/2020 (me permitiré denominarlas “normas COVID-19”), la emergencia ya se encuentra tasada por las disposiciones de alcance general. Esta circunstancia excluye, al momento de seleccionar el método de contratación, el análisis relativo a la existencia de causales objetivas que imponen la necesidad de dejar de lado los procedimientos de regla recurriendo a uno excepcional.

En particular el problema no se da tanto en la existencia de las causales que motivan la emergencia, dado que son claras, de público y notorio conocimiento. La cuestión que puede generar dificultades es la amplitud del régimen excepcional, cualquier bien o servicio que pueda considerarse necesario para atender a la emergencia sanitaria encuadra en los DNU. Entonces deberá en cada caso relacionarse la contratación con la atención a la emergencia originada por el COVID-19.

Las normas COVID-19 establecieron que correspondía al Jefe de Gabinete de Ministros establecer los principios y pautas que regirían los procedimientos. Por Decisión Administrativa N°409/2020 (B.O. 18/03/2020), se establecen los lineamientos del procedimiento especial. Esta norma dispuso como primera medida que debía respetarse la aplicación de los Principios previstos en el artículo 3 del Decreto 1023/2001.

Es decir que, dentro del procedimiento de emergencia, al igual que sucede en el régimen general, deben respetarse los principios y garantías contenidos en el artículo 3 del Decreto N°1023/2001, en la medida dada por los parámetros que surgen del régimen.

Además, ordena la aplicación del sistema de precios testigos establecido en la resolución SIGEN N°36/17, cuando el monto de la contratación supere el monto contenido en la misma. Se deberá informar a la SIGEN la orden de compra dentro de los 10 días de notificada.

El funcionario competente –y responsable a tenor de la remisión a lo dispuesto en el artículo 3 del dto. 1023/200– se establece en función de lo dispuesto en el cuadro Anexo al art. 9 del reglamento establecido por dto. 1030/2016, que regula en función de los montos comprendidos por el funcionario competente para aprobar la contratación.

*2.C. Veamos cuáles son, entonces, las principales diferencias entre uno y otro régimen*

Como se expuso más arriba, la primera diferencia es entonces que en las llamadas “normas COVID-19” la emergencia se encuentra tasada de antemano por el Poder Ejecutivo. Con la sola invocación de la necesidad de atender una contratación en el marco de la emergencia se abstraen del régimen de contrataciones.

En el régimen general, todo procedimiento de contratación debe resolverse en un acto administrativo, dictado de conformidad a la Ley N°19.549. De acuerdo a las “normas COVID”, no hay acto administrativo de llamado a la contratación ni aprobación de un pliego de bases y condiciones particulares.

En el régimen general la unidad requirente participa del procedimiento y coadyuva a delimitar correctamente la voluntad administrativa al contratar. El sector que identifica la existencia de una necesidad es el más idóneo para analizar cuándo y cómo esa necesidad es satisfecha. En el régimen de los DNU 260/2020 y 287/2020, inexplicablemente la unidad requirente no participa del procedimiento. La unidad operativa de contrataciones es responsable de todas las etapas del mismo.

Mientras que en el régimen general toda la contratación tramita bajo el sistema COMPR.AR, de acuerdo a las “normas COVID”, los expedientes se inician en la plataforma gestión documental electrónica (GDE), y se vinculan con el sistema COMPR.AR, para invitar a tres proveedores registrados en el SIPRO. Ello mientras que el sistema invita de manera automática a todos los proveedores registrados.

Debe aclararse que la actualización del SIPRO (sistema de proveedores) se encuentra suspendida por medio de la comunicación ONC N°07/2020.

De acuerdo al régimen general, el informe de evaluación de las ofertas deberá expedirse sobre las condiciones de admisibilidad de las ofertas y establecer un orden de mérito. Este informe es impugnabile. De acuerdo a las “normas COVID”, la UOC emite un informe de evaluación de las ofertas

recomendando la resolución a adoptar. Si la oferta cumple con las especificaciones y es seleccionada por precio, puede no establecer un orden de mérito. Este informe no es impugnabile por parte de los participantes.

En el régimen del Decreto N°1023/2001 y cc., cuando un procedimiento fracasa debe iniciarse uno nuevo. El fracaso debe declararse por medio de un acto administrativo. Las “normas COVID” disponen que cuando el procedimiento resulte fracasado “el titular de la jurisdicción podrá seleccionar en forma directa al proveedor”.

De acuerdo a lo expuesto, si bien el régimen dispuesto a resultas de los DNU N°260/2020 y 287/2020 hace suyos los principios establecidos en el régimen general, con el necesario resguardo de garantías que ello implica, prescinde del dictado de actos administrativos. Esta circunstancia es de gravedad, porque deja abierta la posibilidad de que la administración funcione arbitrariamente, o que existan procedimientos cuyo resultado determine la sola voluntad del funcionario.

El acto administrativo (y en particular lo que se conoce como “teoría del acto”) permite, a partir de sus elementos esenciales, conocer la finalidad, la adecuación de su objeto, la causa y la motivación como la expresión de las consideraciones de hecho y derecho que llevan a su dictado, presentes en el caso concreto. De este modo, a resultas de las normas de emergencia motivadas en la pandemia, la falta de exigencia del dictado de actos administrativos, más que al desconocimiento de los derechos de los administrados en función de consideraciones de utilidad, es una puerta abierta de par en par a la posibilidad de que exista arbitrariedad.

La arbitrariedad es el peor de los males. La inexistencia de actos administrativos no permite cotejar los elementos del acto e impide lisa y llanamente el objetivo descripto al inicio de este trabajo, desde que imposibilita analizar o razonar en términos éticos. Estas puertas abiertas a la arbitrariedad pueden significar la violación de los derechos de los administrados, pero el análisis de los actos de la administración deberá realizarse en cada caso en concreto y excede el marco del presente trabajo.

## *2.D. ¿Qué ha sucedido en la práctica?*

La práctica administrativa ha generado una gran variedad de procedimientos. Dentro de ellos encontramos supuestos en los cuales los funcionarios han producido actos suficientes para posibilitar su análisis.

Un ejemplo se da en el expediente 2020-299927795-APN-DCME MECCYT, el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología realizó una contratación directa de cuadernillos impresos con fines pedagógicos para prevención del COVID-19.

El expediente se inicia mediante el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), pero se vinculó el expediente a la plataforma COMPR. AR. Al sistema se incorporaron el pliego, la presentación de las ofertas y el acto de apertura de las ofertas, pero más importante aún, se dictó y agregó el acto de adjudicación.

Más aún, en el caso, más allá de que podría haberse invocado solo las “normas COVID” la contratación se realizó de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 inc. d) punto 8. dto. 1023/2001.

Es decir, los funcionarios actuantes, teniendo la posibilidad de prescindir del dictado de un acto invocando las “normas COVID-19”, han resuelto la contratación de acuerdo al régimen general, realizando una contratación interadministrativa con la firma Correo Oficial de la República Argentina S.A. y notificando a los interesados en el procedimiento.

Esta circunstancia demuestra que la realización de un análisis desde la ética aplicada sigue siendo posible aun en el caso de las normas de emergencia COVID-19 y que, en el caso, el procedimiento administrativo realizado involucró un razonamiento –trazable a partir del acto– en el cual se aplican las normas generales del sistema al momento de resolver una contratación. En el caso, de acuerdo al ordenamiento, se seleccionó a una sociedad anónima cuyo único accionista es el Estado nacional, utilizando un supuesto distinto a la emergencia tasada en los DNU N°260 y N°287, que permite realizar una contratación directa en función de consideraciones de utilidad.

Es decir, la administración utiliza un supuesto de excepción distinto a la emergencia y lo fundamenta de acuerdo a lo previsto en el ordenamiento. En consecuencia, a los fines de este análisis, puede considerarse que anteponer consideraciones de utilidad a los derechos de los administrados sigue siendo excepcional. Al menos lo es en casos como el citado en el cual se procedió al dictado de actos administrativos dentro de un marco de legalidad, que permiten cotejar la realización de un razonamiento, en base al cual se desplaza el procedimiento que resguarda derechos en supuestos expresamente habilitados.

## **X. La subsanación de defectos en las ofertas, ¿significa la aplicación de la teoría consecuencialista?**

En el caso particular de las contrataciones administrativas, suelen presentarse supuestos en los cuales entran en pugna derechos de igual jerarquía.

Este tipo de conflictos suele suceder luego de la presentación de las ofertas, en torno a la posibilidad de subsanar defectos contenidos en las mismas. En particular dispone 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, dándoseles 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.

El principio de concurrencia, procura en este caso brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

Por su parte, el derecho de igualdad de trato a los concurrentes prohíbe otorgar ventajas improcedentes a los interesados oferentes. A su vez la normativa impone que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación y enumera determinados defectos que no resultan subsanables.<sup>39</sup>

Además, este conflicto debe resolverse teniendo en cuenta el deber de los oferentes de mantener las ofertas por el plazo determinado en los pliegos,<sup>40</sup> conjugado con el principio de informalismo a favor de los administrados.

39. Artículo 66 del decreto N°1030/2016.

40. “Impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de propuestas. Con anterioridad a ese momento, los

En tal sentido se ha permitido la subsanación de defectos que no resulten esenciales, esto es, que no constituyan aquellos elementos que deban ser sujetos a comparación en la evaluación de las ofertas. Las propuestas con deficiencias u omisiones pueden ser saneadas a través de presentaciones complementarias, pero con un límite muy claro: solo los defectos formales insustanciales podrán ser salvados por esa vía, no así los que se verifiquen en los aspectos esenciales de las propuestas (precio, calidad y cantidad de las prestaciones, etc.), todo ello en aras de permitir una mayor concurrencia, sin afectar el derecho de igualdad.

De este modo ha sido considerado por la Procuración del Tesoro de la Nación mediante el Dictamen N°173/2016. 27 de julio de 2016. Expte. PTN N°So4:0056015/15. Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación (Dictámenes, 298:159), en el cual se considera legítima la subsanación de un defecto en la actualización de la inscripción en el sistema de proveedores (SIPRO).

Pero en este caso, ¿la respuesta surge de un razonamiento consecuencialista?

Puede pensarse aquí que permitir la subsanación de un defecto, modificando una oferta, maximiza la posibilidad de la administración de obtener ofertas que satisfagan el interés general y, en consecuencia, que contribuyan en mayor medida a lograr mayor bienestar en los integrantes de la comunidad.

No debe perderse de vista que las características del derecho administrativo, su carácter exorbitante y la interpretación en función del interés público comprometido, que trae aparejada la necesaria compatibilización con los derechos e intereses de los particulares, proviene de directrices y principios propios del sistema.

No obstante, conforme se desprende del dictamen del organismo asesor, la posibilidad de lograr mayor concurrencia puede resultar finalmente en un medio para satisfacer y maximizar los beneficios de la sociedad. Pero en cada caso procederá siempre y cuando pueda compatibilizarse con el

---

proponentes podrán, en principio, modificar sus ofertas o presentar otras sustitutivas". Horacio Diez, "La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado", Revista *Rap*. [http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos\\_administrativos/la\\_inmodificabilidad\\_de\\_las\\_of.html](http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/la_inmodificabilidad_de_las_of.html)

derecho de igualdad de los oferentes, que constituye en definitiva un límite infranqueable.

En consecuencia, los derechos de los administrados –oferentes en el caso– son, en los términos de Dworkin,<sup>41</sup> verdaderas cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad.

## **XI. Conclusiones**

A lo largo del trabajo se ha analizado el funcionamiento de supuestos importantes de ética aplicada. Como tales, en cada supuesto se define la aplicación a casos puntuales de algunas de las teorías de la ética normativa.

De este modo se delinea el funcionamiento de la ética pública, que incluye mandatos de moralidad para el comportamiento de funcionarios públicos y magistrados y se ha analizado el funcionamiento de la ética aplicada a las funciones judicial y administrativa.

La llamada ética pública, como ética aplicada al comportamiento de los funcionarios públicos y puesta en práctica en el ámbito público, encuentra su fundamento en la teoría ética de la virtud. Postula que el accionar de los funcionarios y agentes se encuentre fundamentado en valores o actos positivos. Del mismo modo funcionan los “Códigos de Ética Judicial” a los que me referí sucintamente.

A su vez los particulares que se relacionan con los poderes del Estado deben respetar los mismos principios éticos.

En definitiva, la ética del comportamiento postula que los funcionarios públicos y magistrados deben establecer para sí mismos un conjunto de virtudes que se tornan principios bajo los cuales deben regir su conducta. Engloba un conjunto de mandatos de moralidad, que traducen virtudes, sirven como guía en el actuar de las personas. Como hemos visto, en el caso de nuestro sistema, muchos de ellos adoptan además el carácter de principios jurídicos.

La ética pública se relaciona con la ética aplicada al comportamiento de funcionarios administrativos y judiciales, dado que sus postulados son aplicables a los tres poderes del Estado. Todos los funcionarios deben poseer plena

41. Ronald Dworkin, *op. cit.* En nota 11.

conciencia de su conducta y realizar actos concretos orientados hacia el interés de la sociedad aplicando los principios éticos.

De este modo los principios comprendidos en la ética pública, que responden a la teoría normativa ética de la virtud, funcionan como ideas constitutivas y fundamentales del sistema, que aportan criterios interpretativos e integradores y además legitiman el accionar de los funcionarios.

Sin embargo, en el caso particular de la función administrativa y judicial, la ética del carácter no ofrece parámetros para analizar la bondad o corrección de los Actos o Sentencias. No constituye un criterio independiente y dotado de autonomía para analizar la corrección, bondad y procedencia de las resoluciones administrativas o judiciales particulares. Una resolución administrativa justa se identificará con alguna de las virtudes y receptorá los principios de esta teoría de ética normativa, pero el carácter de un funcionario no puede servir como criterio para analizar la procedencia de una resolución.

Para realizar este tipo de análisis adquieren mayor valor las teorías éticas del deber, que brindan parámetros para establecer lo bueno y lo correcto en casos puntuales. Sin embargo, teoría ética de la virtud seguirá aplicándose en el plano del comportamiento y, una resolución administrativa que parta de poner en acto sus principios podrá identificarse además con la aplicación concreta de una de las teorías éticas del deber.

En nuestro sistema, la teoría de ética normativa que se aplica al razonamiento judicial es, salvo casos excepcionales, el deontologismo. Solo en circunstancias de excepción pueden anteponerse consideraciones de utilidad sobre los derechos de los particulares.

Del mismo modo, a partir de los ejemplos analizados, considero que en la práctica administrativa en general y en particular respecto del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, existe una regla general que determina la aplicación de las teorías de ética normativa de forma análoga a lo dispuesto en la ética judicial. En particular, más allá de la existencia de directrices relacionadas con la eficacia y eficiencia de las contrataciones y con la preservación del interés público, resulta claro que –salvo en casos excepcionales– los derechos de los administrados deben reconocerse por encima de cualquier consideración de utilidad.

Los casos excepcionales se encuentran tasados en normas de alcance general y constituyen excepciones, motivo por el cual deben interpretarse y aplicarse con estrictez.

De este modo, la función administrativa debe aplicar las teorías de ética normativa del mismo modo que lo hace la función judicial. Máxime cuando la actuación judicial integra el concepto de derecho administrativo, como garantía del respeto de la juridicidad por la propia Administración. La revisión judicial integra al derecho administrativo y es garantía del respeto del ordenamiento, en el cual los derechos individuales resultan sustanciales y es labor de los jueces establecer su reconocimiento.

En el caso particular del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, se han analizado supuestos en los cuales se han resuelto casos invocando principios contenidos en la llamada teoría ética de la virtud. En particular este tipo de casos se da cuando se evalúa el comportamiento de los funcionarios o de los particulares que interactúan con ellos.

Además, de acuerdo a los casos de aplicación del régimen de contrataciones analizados, los derechos de los particulares deben conjugarse con las directivas del sistema, pero no pueden ser dejados de lado en base a consideraciones de utilidad.

En el caso particular de la emergencia decretada por los DNU N°260/2020, N°287/2020 y modif., la declaración de emergencia provino de estas normas de alcance general y, en particular, entre sus normas, la de mayor gravedad es la que posibilita que la administración dé inicio y finalice los procedimientos sin el dictado de actos administrativos. La falta de actos administrativos impide, en los casos puntuales, cotejar el objeto, la finalidad, la causa, la motivación y el resguardo de las garantías de los administrados. Es una puerta abierta a la arbitrariedad porque impide controlar las resoluciones administrativas que se adopten.

Sin embargo, hemos visto que en la práctica existen casos en los cuales, aun bajo el régimen de las “normas COVID”, se plantea la existencia de supuestos de excepción que permiten anteponer consideraciones de utilidad, en los cuales la Administración procede al dictado de actos administrativos que justifican estos razonamientos en base a parámetros objetivos.

Estos casos nos permiten seguir postulando que, en el régimen, los supuestos en que pueden anteponerse consideraciones de utilidad por sobre los derechos de los administrados siguen siendo excepcionales.

Por ello, considero que existen reglas generales relativas a la aplicación de las teorías de ética normativa al momento de adoptar resoluciones administrativas en general y, en particular, al momento de adoptar decisiones relativas al “Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional”.

En cualquier caso, la realización de análisis y razonamientos en términos éticos aportará claridad conceptual y coherencia. La ética aplicada en un aspecto tan sensible como el régimen de contrataciones, engloba un objetivo más amplio que la lucha contra la corrupción, en tanto coadyuva a lograr la excelencia en el obrar de la administración.

## Bibliografía

- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, “Introducción, traducción y notas de José Calvo Martínez”, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, cuarta edición, Abeledo Perrot, 2011.
- Comadira, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”. *El Derecho Administrativo*, EDA, 2015, p. 75.
- Diego Bautista, Oscar, “De la ética a la ética pública”, *Revista IAPEM*, mayo-agosto 2013, pp. 83-103. ISSN 1665-2088. En <https://eprints.ucm.es/23538/>
- Diez, Horacio, “La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado”. [http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos\\_administrativos/la\\_inmodificabilidad\\_de\\_las\\_of.html](http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/la_inmodificabilidad_de_las_of.html)
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2da. ed., 1989.
- Farrell, Martin D., “La ética de la función judicial”, en *La Función judicial*, capítulo 8, compilación, Editorial Gedisa.
- Gordillo, Agustín A., *Procedimientos administrativos, comentada y anotada con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002, T. I.
- Nielsen, Federico; Comadira, Julio Pablo, “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino”, *Revista Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública de España*, Números 267-268, septiembre 2003-abril 2004.
- Nino, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1984.

Sagüés, Néstor Pedro, *El factor ético, presupuesto de la democracia*, ED, 81-868.

Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma SRL, 2002.