

Conflicto de intereses e invalidez del acto administrativo en la Administración Pública Nacional

*Iván F. Romero Verdún**

Resumen

El presente artículo tiene como objeto analizar la incidencia de los conflictos de intereses en la invalidez del acto administrativo, de acuerdo al marco legal existente para la Administración Pública Nacional. A este efecto, en primer lugar, se parte de precisar el concepto de conflicto de intereses y la regulación vigente. Posteriormente, se procede a enlazar tales consideraciones con el régimen de invalidez del acto administrativo. En este examen, se procede a indagar sobre puntos tales como en qué elementos esenciales repercute el conflicto de intereses, si este conlleva a configurar algún vicio de la voluntad, si pueden reconocerse vicios leves y cómo cabe interpretar lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 25.188.

Palabras clave: acto administrativo, conflictos de intereses, derecho administrativo, régimen de invalidez del acto administrativo, corrupción.

Conflict of Interest and Invalidity of the Administrative Act in the National Public Administration

Abstract

This paper aims to analyze the incidence of conflicts of interest on the invalidity of administrative acts, according to the existing legal framework

* Abogado (UBA), argentino. Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral), título en trámite. Ayudante docente de Elementos de Derecho Administrativo (UBA); ivan.rvk@gmail.com.

for the National Public Administration. To this end, firstly, we specified the concept of conflict of interest and the current regulation. Subsequently, we proceed to link such considerations to the regime of invalidity of administrative acts. In this examination, we review points such as in which essential elements does the conflict of interests has an impact, if defects of consent could be produced, if minor defects can be admitted and how could the provisions of Article 17 of Law 25.188 be interpreted.

Keywords: Administrative Act, Conflict of Interest, Administrative Law, Invalidity of Administrative Acts, Corruption.

I. Introducción

Si bien puede presumirse sencillo, el abordaje de los conflictos de intereses desde el régimen de invalidez del acto administrativo es un asunto que presenta no menores dificultades. Es que, por fuera de las cuestiones específicas propias de la regulación, pueden formularse interrogantes válidos en relación a cuáles son las piezas esenciales del acto que se ven afectadas, si media la configuración de un vicio de la voluntad, si en todos los casos media un vicio de gravedad, entre otros puntos.

De este modo, con la complejidad de este tema presente y con base en las normas aplicables a la Administración Pública Nacional, este trabajo intentará aportar un poco de claridad en torno a la vinculación entre el conflicto de intereses y el régimen de invalidez del acto administrativo. Para esta empresa, se comenzará por una conceptualización de la noción de conflicto de intereses y los distintos tipos existentes, junto con la descripción de la ordenación vigente. Luego y seguidamente, se procederá a relacionar estas consideraciones con el régimen de invalidez del acto administrativo, para lo cual se examinará la repercusión del conflicto de intereses en los elementos del acto, los vicios de la voluntad, la distinción entre actividad reglada y discrecional, los supuestos de los artículos 2 inciso i), 13, 14, 15 y 17 de la Ley N°25.188 (en adelante LEP) y el incumplimiento a las previsiones del Decreto N°202/17.

II. Conflictos de intereses: Legislación nacional, tipos y gestión adecuada

II.1. Conflictos de intereses y tipología

Se ha sostenido que la definición de conflictos de intereses es una cuestión estipulativa, puesto que depende del alcance que se le quiera dar a este término.¹ No obstante, y sin perjuicio de la variedad de enfoques que puedan adoptarse, puede afirmarse que en el ámbito público estatal se ha pasado a una definición objetiva de este concepto, es decir, sin relevancia de la motivación interior del agente. Esta es la caracterización que sigue la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y, en nuestro país, la Oficina Anticorrupción.²

A modo de explicación de este enfoque, sobre la base de un estudio del tema en Estados Unidos y Canadá, Andrew Stark ha señalado que mientras décadas atrás se intentaba mirar dentro de la mente del funcionario para determinar si estaba conflictuado, se ha pasado a reconocer que nunca puede saberse con certeza si la persona está subjetivamente conflictuada, con la consiguiente admisión de un criterio objetivo. El esquema subjetivo, apunta, permitía a algunos funcionarios mantener ciertos intereses mientras que a otros en los mismos puestos no, al tiempo que esa diferencia de tratamiento se basaba en imperfectas evaluaciones sobre la persona, su estado mental y su capacidad psicológica.³ En una orientación distinta, la adopción de una mirada objetiva y externa del conflicto ha llevado, por ejemplo, a prohibir a todos los funcionarios que entren en algunas situaciones establecidas “por la simple razón de que esas circunstancias pudieran

1. De Michele, R., “Los conflictos de interés en el sector público”, Coalición por la Transparencia, Guatemala, 2004.

2. La Oficina Anticorrupción ha indicado que “la situación de conflicto de intereses se configura en forma objetiva, no importa cuáles sean las intenciones del funcionario y el beneficio concreto que este hubiere obtenido o podido obtener”, Resolución RESOL-2019-24-APN-OA#MJ del 16/09/2019, punto XII.

3. Cf. Stark, A., “Legislación relativa a conflicto de intereses en Estados Unidos y Canadá: Lecciones de la experiencia norteamericana”, en Eréndira Sandoval I. (coord.), *Corrupción y Transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, Siglo XXI, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2009, 404-406.

conducir a conflicto interno subjetivo, si no en todos, por lo menos en algunos funcionarios”.⁴

Así las cosas, actualmente y en relación a la función pública, el conflicto de intereses puede ser definido como una situación objetiva que se produce cuando un interés relevante privado del funcionario confronta o puede confrontar con el desempeño de sus deberes y responsabilidades públicas.⁵ Esta definición describe únicamente un estado, lo cual no implica por sí solo la comisión de ningún delito o infracción. En cambio, los diferentes reproches jurídicos que puedan realizarse estarán vinculados con la falta de gestión adecuada de tal conflicto.

De forma más precisa y en consideración de la incidencia de la regulación legal en este asunto, se ha sostenido que los elementos configurativos de un conflicto de intereses en la gestión pública presuponen: a) La existencia de un interés público y un interés privado; b) la conexión entre tal función y dicho interés, en la que por regla el funcionario debe poseer atribuciones sobre tales intereses, aunque excepcionalmente podrá no tenerlas y c) que la situación haya sido calificada como un conflicto de intereses.⁶ Resulta interesante que esta postulación haya agregado la nota de calificación o tipicidad de la situación como conflicto, componente que las definiciones provenientes de otras disciplinas no incluían.

Será entonces la norma la que acotará y fijará cuáles intereses privados resultarán jurídicamente relevantes y la que determinará cuál es el mecanismo adecuado para neutralizar los efectos del conflicto de intereses.⁷

4. Stark, 406.

5. Cf. OECD, *Recommendations of the council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, OECD/LEGAL/0316. En similar sentido, el proyecto de ley de un nuevo régimen de ética pública elaborado por el Poder Ejecutivo (INLEG-2019-13024451-APN-PTE del 06/03/2019) dispone: ARTÍCULO 27. — Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren o pueden concurrir el interés público propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico. Se trata de una situación objetiva que se configura independientemente de la intención del funcionario.

6. Cf. Larocca, A. C., “Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N°487, 2019, 25-28.

7. *Ibid.*, 27-28.

Con base en tal caracterización, en este estudio se abordarán los escenarios que reúnan la nota de calificación o tipicidad de una situación como conflicto de intereses. Sin embargo, más adelante, en función de lo previsto por los artículos 9 y 41 del Código de Ética de la Función Pública –Decreto N°41/99– y ciertas normas en materia de excusación, me permitiré examinar sucintamente la posibilidad de conflictos comprendidos tan solo por un deber general, o si se quiere, “atípicos”.

Dicho esto, es relevante señalar que, en la literatura en materia de integridad pública y anticorrupción, se suele distinguir los conflictos de intereses en tres categorías. En primer lugar, se contemplan los conflictos de intereses *reales* o *actuales*, los que configuran situaciones en las que el funcionario ya se encuentra en un conflicto de intereses o, visto retrospectivamente, se encontró en tal estado durante un período determinado. En segundo lugar, se describen los *conflictos de intereses potenciales*, los que constituirían escenarios en los cuales, en razón del cargo y los intereses privados del funcionario, existe la posibilidad de que medie una confrontación de intereses en un futuro. Por último, se han reconocido los denominados *conflictos aparentes*, que son explicados como estados en los cuales, desde la mirada del público y terceros, aparenta darse una confrontación entre los deberes o competencias del funcionario y sus intereses privados, pese a que ello no es efectivamente así.⁸

Como puede apreciarse, solo los dos primeros tipos entrarán en la definición antes referida del concepto de conflicto de intereses, mientras que el tercero solo determinará una apariencia de aquel. Respecto de estos últimos, justamente por ello se ha observado que, pese a su importancia en este tema, los “conflictos de intereses aparentes” no son conflictos de intereses. Por tal motivo, se ha sugerido que resultaría más apropiado hablar de “apariencia de conflictos de intereses”.⁹

El propósito de la clasificación referida es diferenciar para poder proyectar distintas acciones para cada hipótesis. Es decir, tiene una finalidad para su abordaje desde el enfoque de las políticas públicas. De todas maneras, prestará cierta utilidad para el estudio de la invalidez del acto administrativo puesto que permitirá indagar sobre cuál es la gestión adecuada y

8. Cf. OECD, cit.

9. Larocca, 30.

debida para tratar el conflicto. Es así que, en una de sus publicaciones oficiales, la Oficina Anticorrupción, autoridad de aplicación de la ley N°25.188,¹⁰ asoció como principales mecanismos de gestión para cada tipo de conflicto los siguientes: a) para el actual: prohibición de actividad; b) para el potencial: el deber de abstención, y c) para el aparente: herramientas de transparencia y control, como sería el caso de los Decretos N°201/2017 y N°202/2017.¹¹

En lo que sigue, se abordarán estos distintos procedimientos, con la advertencia de que si bien se intentará vincular cada tipo de conflicto a una determinada regulación y gestión, como lo pretende hacer el citado órgano, como se verá, tal relación no es del todo perfecta.

Por otra parte, se aclara que en este análisis no se incluirá al Decreto N°201/17 dado que gestiona conflicto de intereses en el marco de la representación en juicio de la Administración Nacional, en cuyo ámbito los potenciales actos a dictarse en incumplimiento de aquel (allanamientos, desistimientos, quitas, esperas, transacciones, conciliaciones, convenios, entre otros) deberán analizarse a la luz de las prescripciones procesales. Tampoco será aquí examinada la restricción al desempeño de actividades privadas con posterioridad al cese de un cargo público, contemplada en el artículo 46 del Decreto N°41/99, en razón de la falta de incidencia en el tema de examen.

II.2. Gestión de los conflictos

II.2.1. Distinción entre incompatibilidad y conflictos de intereses

Antes de comenzar con la tarea propuesta, dedicaré unos párrafos a hacer una digresión en torno a la noción de incompatibilidad, la cual particularmente en La ley N°25.188 resulta confundible. Ello así, en tanto el

10. Anteriormente, por gracia de la Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N°17/00, luego por el Decreto 174/2018 (Anexo II) y actualmente en razón del Decreto N°50 del 19/12/2019 (Anexo II), el cual dispone entre sus objetivos: “3. Ejercer las funciones que le correspondan en carácter de autoridad de aplicación de la Ley N°25.188”.

11. Larocca, A. C., *Ética pública y conflictos de intereses. Estudio para su prevención y su adecuada gestión*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción, 2019, 67.

capítulo V se titula “Incompatibilidades y Conflictos de Intereses” y dentro de este no se hace una clara distinción entre ambas categorías. Asimismo, toda vez que, a mi modo de ver, existe cierta discrepancia en doctrina en torno al concepto de incompatibilidad, puesto que las explicaciones brindadas son realizadas para tener un significado general, pero son construidas sobre la base de una legislación específica.

Se ha dicho así que la diferencia entre incompatibilidad y conflicto de intereses radicaría en que con la primera se protege al erario público frente al riesgo de que resulte imposible cumplir varias funciones al mismo tiempo o que el Estado pueda abonar más de un salario, mientras que en los segundos se protegería la imparcialidad, igualdad de trato y la independencia.¹² Asimismo, se ha afirmado que la regulación de los conflictos de intereses buscaría preservar la equidad y la imparcialidad del funcionario evitando que su interés privado genere o pueda generar una colisión con los intereses públicos por los que debe velar. En cambio, las normas que regulan las incompatibilidades tendrían por objeto la protección de la integridad psicofísica del funcionario público, la ordenación del mercado de trabajo, fortalecimiento de la eficacia de la labor administrativa, el establecimiento de un medio jurídico para evitar abusos en la distribución de cargos públicos, y la defensa y garantía del interés público en la actuación de los funcionarios.¹³

Contra lo expuesto, se propone entender la incompatibilidad como un instituto o técnica, de origen legal, reglamentario o constitucional, de impedimento de dos o más actividades o beneficios, de forma simultánea y fundada en razones de interés público.¹⁴ Se trata así de un instituto que carece

12. Ivanega, M. M., “Los conflictos de intereses en las contrataciones públicas”, en *Revista del Régimen de la Administración Pública - Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales / Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, 2018, 445.

13. Zin, M., *Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, 14, citado en Nattero, P. y Baragli, N., *Conflictos de intereses: disyuntivos entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción*. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación - PNUD Argentina, 2009, 25-26.

14. La definición propuesta se acerca la conceptualización hecha por Martínez, quien la entiende como un “impedimento de origen reglamentario, legal o constitucional, para desempeñar simultáneamente dos o más cargos o percibir determinadas asignaciones o

de finalidades precisas apriorísticas, ya que la legislación permite advertir su utilización para una amplia diversidad de presumibles objetivos. En efecto, puede apreciarse que se ha utilizado la incompatibilidad para regular desde la prohibición a los legisladores de ejercer cargos en el Poder Ejecutivo (art. 72 CN)¹⁵ hasta cuestiones de muy distinta cualidad como determinar cuáles compensaciones de gastos son admitidas en paralelo con otras.¹⁶ Es por tal motivo que, por fuera de una referencia al interés público, otro elemento teleológico puntual no puede formar parte de la definición.

Así, entre todos los posibles fines que puede asumir una incompatibilidad, uno de ellos será la posibilidad de proveer a la gestión de algún tipo de conflicto de intereses, especialmente el de tipo actual *actual* o *real*, como se abordará a continuación.

En cuanto a las consecuencias, cabe agregar que este tipo de restricciones presentan diferentes formas para ser efectivizadas dentro de la legislación, como pueden ser el exigir la renuncia a una de las actividades o beneficios, la exclusión de una de las actividades o beneficios decididas por la Administración, o el permiso o autorización de una autoridad designada por la norma para purgar la incompatibilidad.¹⁷

haberes juntamente con el ejercicio de un cargo”. Sin embargo, el autor luego le atribuye a esta finalidades como las previamente expuestas (exclusividad, evitar pagar dos salarios, etc.); Martínez, A. H., “Transparencia y corrupción en materia de contrataciones públicas: Conflictos de intereses”, en *RDA* 2020-127, 46. En similar sentido, también se ha referido que la incompatibilidad es “el obstáculo que encuentra el agente o funcionario público para desempeñar dos o más cargos públicos, comprende una situación jurídica impuesta por la ley, prohibiendo al agente ejercer dos o más cargos o actividades, pues el ejercicio de tales tareas es interpretado como pernicioso para la consecución del interés público”; Barraza, J. I. y Schafrik, F. H., “Inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios o agentes públicos”, en *LL-1996-E*, 1001.

15. Disposición a la que se le ha atribuido la finalidad de: a) mantener la separación orgánica y estructural de poderes, b) mantener la independencia de los poderes y preservar al Legislativo de las interferencias del Ejecutivo y c) garantizar la libertad de criterio de los legisladores, la autonomía de sus opiniones para decidir e impedir la eventual incompatibilidad de funciones; Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 2da ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, 534.

16. Art. 6 ap. II régimen aprobado Decreto N°911/2006.

17. Cf. Barraza y Schafrik, cit.

II.2.2. La gestión adecuada ante los conflictos de intereses reales y potenciales

De conformidad con lo expresado previamente, los conflictos de intereses reales o actuales son aquellas situaciones en las que el funcionario ya se encuentra en un conflicto de intereses (o visto retrospectivamente, se encontró en tal estado durante un período determinado). En estos casos, las recomendaciones de abordaje desde el ámbito de las políticas de integridad sugieren como acción principal la renuncia a la actividad que ocasiona el conflicto.

En el marco de la Ley N°25.188 de ética pública (LEP), la norma dispone determinaciones de esta índole en el artículo 13. Así, se establece:

ARTÍCULO 13. — Es incompatible con el ejercicio de la función pública:

- a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por este, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;
- b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

Como puede observarse, la ley utiliza la técnica de la incompatibilidad para manejar estos estados de conflicto. Estos dos impedimentos se hacen efectivos, en primer lugar, con la exigencia de renuncia contemplada en el artículo 15 inc a) LEP. Esta disposición prescribe: “En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas del artículo 13, deberá: a) Renunciar a tales actividades como condición previa al cargo”.

En cuanto a los conflictos de tipo potencial, es decir, en los cuales existe la posibilidad de que medie una confrontación de intereses en un futuro, estos se encuentran captados principalmente por dos normas. La primera, la estipulación prevista por el artículo 2 inciso i) LEP, la que determina el deber para el funcionario público de: “Abstenerse de intervenir en todo

asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil”. Por medio de este reenvío, se consagra el deber de excusación para los supuestos previstos por el artículo 17 del Código Procesal Civil y Comercial.¹⁸ La segunda, el art. 15 inciso b) LEP el que, en complemento a la renuncia precedente, establece que si el agente se encuentra en alguna de las hipótesis del artículo 13, deberá: “Abstenerse de tomar intervención durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria”.¹⁹

A propósito, se destacarán cuatro cuestiones sobre la aplicación de estos artículos (13 y 15 LEP).

i) *Competencia funcional directa*: este concepto es utilizado por el artículo 13 inciso b) para delimitar el ámbito del conflicto de intereses. En relación, se ha expresado que la competencia funcional directa es un concepto jurídico indeterminado, el cual debe “considerarse como aquella relación

18. Art. 17. — Serán causas legales de recusación:

- 1) El parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados.
- 2) Tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima.
- 3) Tener el juez pleito pendiente con el recusante.
- 4) Ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales.
- 5) Ser o haber sido el juez autor de denuncia o querrela contra el recusante, o denunciado o querrellado por éste con anterioridad a la iniciación del pleito.
- 6) Ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que la Corte Suprema hubiere dispuesto dar curso a la denuncia.
- 7) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.
- 8) Haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes.
- 9) Tener el juez con alguno de los litigantes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato.
- 10) Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensa inferidos al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto.

19. Ver Larocca, *Ética pública...*, 120-134.

entre el funcionario y las empresas susceptible de generar un conflicto de intereses en situaciones de máxima proximidad entre el cargo desempeñado y la actividad privada”.²⁰ En esta línea, se ha señalado que no es necesario para la configuración de esta hipótesis que tales atribuciones sean decisorias, sino que basta que el funcionario deba intervenir de algún modo en las instancias de contratación, control o gestión del procedimiento.²¹

ii) *Tenencia accionaria*: la Oficina Anticorrupción ha sostenido que no existe ninguna disposición que obligue a un funcionario a desprenderse de su capital como condición para acceder a la función pública.²² En este sentido, no cabría encuadrar esta tenencia en ninguno de los incisos del artículo 13 sino en el art. 15 inciso b), el cual solo consagra un deber de abstención. No obstante, con base en el deber de prudencia, en carácter de *recomendación*, el referido organismo ha sugerido la adopción de medidas adicionales tales como la constitución de un fideicomiso ciego administración y disposición o, el desprendimiento de las acciones.²³

20. Dictámenes 234:478 (2000) punto 3.f), el cual tuvo como base la opinión plasmada en la Resolución OA/DPPT N°38 del 14/09/2000.

21. Larocca, *Ética pública...*, 88.

22. Resoluciones OA/DPPT N°446 del 18/06/2014, N°509 del 15/01/2016, RESOL-2016-4-E-APN-OA#MJ del 30/09/2016 y RESOL-2018-14-APN-OA#MJ del 21/03/2018.

23. Resoluciones RESOL-2016-1-E-APN-OA#MJ del 09/09/2016, RESOL-2018-14-APN-OA#MJ del 21/03/2018. Por otra parte, el proyecto de ley de ética pública elaborado por la Oficina Anticorrupción (INLEG-2019-13024451-APN-PTE del 06/03/2019) contempló lo siguiente:

ARTÍCULO 32. — Los funcionarios con jerarquía o funciones equivalentes o superiores a las de Subsecretario del PODER EJECUTIVO NACIONAL, y los miembros de los órganos de gobierno de los Entes Reguladores de Servicios Públicos, no podrán ser titulares de: a. Acciones u opciones sobre acciones, bonos o cualquier otro título valor emitido por sociedades anónimas abiertas cuya actividad se encuentre sujeta al ámbito de su competencia o su cotización pudiera verse influenciada sustancialmente por los actos que emitieran; b. Participaciones sociales en sociedades cerradas cuya actividad se encuentre sujeta al ámbito de su competencia y en una cantidad suficiente para formar la voluntad social o para controlarla por cualquier otro medio. En el caso de que, al momento de asumir el cargo, el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las situaciones previstas en este artículo deberá enajenar los títulos valores o las opciones a un tercero o bien constituir un fideicomiso ciego de administración y disposición de acuerdo con los parámetros que establezca la reglamentación. La opción se ejercerá sin perjuicio del deber de abstención que corresponda mientras el bien subsista en el patrimonio del funcionario. El funcionario

iii) Políticas generales y deber de excusación: el mismo órgano ha sostenido que el deber de excusación no alcanza al dictado de medidas generales que inciden indirectamente sobre la actividad de las sociedades de las cuales el funcionario tiene participación accionaria o respecto de las personas con las cuales tuvo un vínculo anteriormente. El fundamento esbozado es que no se verificaría una relación directa que pueda configurar un conflicto de intereses, toda vez que el desempeño de la función pública conlleva de por sí la carga de adoptar decisiones que, de una manera u otra, afectan a los actores del mercado. Por tanto, se ha entendido que la fijación de políticas generales no haría incurrir, a priori, en conflictos de intereses que vulnerarían las prescripciones emanadas de la LEP. En contraste, sería solo en aquellas contingencias específicas en las que el agente público tiene que resolver casos particulares donde la competencia funcional directa adquiriría relevancia. No obstante, la Oficina Anticorrupción ha distinguido la referida hipótesis del caso en el cual, si bien media una resolución general por la que se implementa una política de gestión, el número de afectados por la norma es finito e individualizable, lo que torna exigible la excusación.²⁴

iv) Plazo de abstención: han existido discrepancias en cuanto al modo de computar el plazo del artículo 15 inciso b) LEP, el cual ordena al agente abstenerse de “tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a las cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria”. Es que, por un lado, en algunos pronunciamientos, la OA consideró que el plazo de tres años se extendía desde el nombramiento y durante toda la gestión del funcionario, hasta su cese.²⁵ En cambio, en otras intervenciones se consideró que el plazo cesa transcurridos los tres años desde la vinculación con la empresa.²⁶ La última interpretación de la OA, plasmada

deberá ejercer e instrumentar las opciones previstas en este artículo dentro del plazo de SESENTA (60) días hábiles desde la asunción en el cargo.

24. Resolución OA/DPPT N°103 del 25/04/2003, RESOL-2016-4-E-APN-OA#MJ del 30/09/2016.

25. Resolución OA/DPPT N°89/02 del 04/12/2002, N°122 del 12/03/2009, 141 del 22/02/2010 y 364 del 21/02/2013, entre otras.

26. Resolución OA/DPPT N°94 del 21/03/2003, 113 del 13/10/2006, 427 del 21/02/2014, entre otras.

en resoluciones de la anterior gestión y respaldada en la última publicación institucional del ente, adhiere a la segunda de estas hermenéuticas, para lo cual toma en cuenta la finalidad de la última reforma de la Ley N°25.188 – producida por el Decreto N°862/2001– y cierta sistematicidad con la forma de computar años que dispone el artículo 14 de la misma ley.²⁷

Una mención aparte merece el artículo 14 LEP, el cual dispone que aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo o concreción de privatizaciones o concesiones de empresas públicas o servicios públicos tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, por el período de tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.

En relación, presenta cierta dificultad ubicar el conflicto que aquí subyace en la categoría de potencial o real. En algunos casos, el funcionario podrá haber intervenido en la planificación de toda la privatización de un sector, por lo que de pasar a ser autoridad de control habría un conflicto real siempre. Sin embargo, también podría haber intervenido tan solo en una privatización de varias realizadas en el sector, por lo que el conflicto tendría una naturaleza asimilable a potencial.

Por fuera de su vinculación con la tipología de conflictos, se ha dicho que el sentido de la disposición reside en evitar que quien incluso como funcionario participó en un proceso de privatización actúe luego en un organismo con atribuciones para controlar o revisar dicho proceso, lo cual podría conllevar el ocultar eventuales irregularidades.²⁸ En este sentido, en mi opinión, nuevamente la ley acude a la técnica de la incompatibilidad para gestionar un conflicto de intereses. Nótese que el funcionario que se desempeñó en algunos puntos de una privatización podrá tener un interés privado en que las irregularidades por él cometidas no sean luego advertidas, lo que un rol en los órganos de control podría facilitar.

Por último, es dable acotar que, al operar como una inhabilitación a ocupar cargo, la contravención al artículo 14 LEP se presenta como la hipótesis de menor probabilidad de ocurrencia en contraste con las demás.

27. Resolución OA/DPPT N°523/16 del 07/09/2016 y Larocca, *Ética pública...*, 121-125.

28. Larocca, *Ética pública...*, 168.

*II.2.3. La gestión adecuada en los conflictos de intereses aparentes.
Decreto N°202/17*

Como se indicó precedentemente, los denominados conflictos de intereses aparentes, o más bien *apariencia de conflictos de intereses*, resultan ser escenarios en los cuales no se configura un conflicto en el sentido precedentemente definido (comprensivo de los de tipo real y potencial). Empero, son situaciones en las que existe una percepción generalizada de que la imparcialidad de un funcionario podría encontrarse afectada. Contra estos, la literatura ha recomendado su abordaje mediante la utilización de protocolos para su gestión. En nuestro país, si bien al momento no existe un marco general que regule esta categoría, se encuentran vigentes los Decretos N°201/17 y 202/17, los que han sido caracterizados como mecanismos de tratamiento de conflictos aparentes, de aplicación para las situaciones específicas que regulan.²⁹

Sin perjuicio de que puedan hacerse observaciones a la relación entre tales decretos y el concepto de conflictos de intereses aparentes,³⁰ por motivos esencialmente explicativos –y de acompañamiento al criterio del órgano rector para la Administración Pública Nacional– se asociará esta reglamentación a este tipo de conflicto (se recuerda a su vez, que se ha aclarado en el punto II.1 la razón de por qué no se aborda el Decreto N°201/2017 en este trabajo).

Por medio del Decreto N°202/2017 se aprobó un procedimiento consistente en un sistema de declaración jurada a suscribir por parte de particulares, al cual sucede una serie de reglas y mecanismos, en caso de que se determine la existencia de alguno de los vínculos comprendidos.

29. *Ibid.*, 142-143.

30. Para el caso del Decreto N°202/17, podría observarse que solo los supuestos contenidos en el artículo 1° de este régimen son aparentes, en tanto, además, los funcionarios no partan de tener establecida una intervención en el caso (ej.: si un procedimiento se inicia en un organismo descentralizado pero está previsto que intervenga el ministro del ramo en alguna etapa, ministro que a su vez es acreedor de uno de los interesados, no hay una apariencia de conflicto, hay un conflicto de interés). Así, ciertos casos del artículo 1° y los contenidos en el artículo 2° parecen más bien conflictos de tipo potencial, dado que comprenden a funcionarios que pueden llegar a intervenir y decidir sobre el asunto.

El artículo 1º de este decreto contempla la hipótesis de apariencia de conflicto de intereses comprensiva de las más altas autoridades nacionales y dispone:

ARTÍCULO 1º — 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 8º de la Ley Nº24.156, debe presentar una “Declaración Jurada de Intereses” en la que deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por alguno de los siguientes supuestos 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, aunque estos no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata:

- a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad,
- b) Sociedad o comunidad,
- c) Pleito pendiente,
- d) Ser deudor o acreedor,
- e) Haber recibido beneficios de importancia,
- f) Amistad pública que se manifieste por gran familiaridad y frecuencia en el trato.

En caso de que el declarante sea una persona jurídica, deberá consignarse cualquiera de los vínculos anteriores, existentes en forma actual o dentro del último año calendario, entre los funcionarios alcanzados y los representantes legales, sociedades controlantes o controladas o con interés directo en los resultados económicos o financieros, director, socio o accionista que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas.

Sucesivamente, por artículo 2º el decreto prescribió que deberá presentarse idéntica declaración y en los mismos supuestos previstos por el ar-

título 1º, cuando la vinculación exista en relación al funcionario con rango a inferior a ministro “que tenga competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante”. Esta última regla derivó en que, desde su dictado, en los pliegos particulares de cada Ministerio u organismo se declare quiénes son los sujetos con tal capacidad decisoria, entre los que suelen encontrarse a secretarios, máximas autoridades de un ente descentralizado –quienes poseen por lo general rango de Secretario– y máximas autoridades regionales de cada organismo, en caso de que estos últimos tengan delegadas o asignadas competencias decisorias sobre algún asunto.

El decreto no alcanzó solamente a los procedimientos de adquisición de bienes, servicios y obras sino también a las adjudicaciones de derecho reales de dominio sobre algún bien estatal³¹ y a la amplia variedad de adjudicaciones de licencia.

Ahora bien, en caso de detectarse un conflicto de intereses entre el interesado y alguno de los sujetos del artículo 1º o 2º del Decreto N°202/17, el artículo 4º prevé el deber de seguirse un procedimiento de tres etapas:

- 1) Comunicación a la Oficina Anticorrupción y la Sindicatura General de la Nación;
- 2) Dar a publicidad la totalidad de las actuaciones en la web de la repartición y en la de la Oficina Anticorrupción y mantener actualizado y
- 3) Adoptar, de manera fundada, al menos uno de los siguientes mecanismos: pactos de integridad, participación de testigos sociales, veeduría especial de organismos de control, audiencias públicas.³² El funcionario sobre los cuales se hubiese declarado un conflicto de intereses deberá además abstenerse de intervenir en el caso y será sustituido por el funcionario al que le tocaría intervenir en caso de excusación.³³

31. Estos últimos sobre derechos reales y dominio, igualmente comprendidos en el Decreto N°1023/01 (art. 4 inciso a) y regulados particularmente en el Manual de Procedimientos aprobado por Disposición 62 - E/2016 (Capítulo VII).

32. La Resolución RESOL-2017-11-APN-OA#MJ del 19/05/2017 precisó las reglas a seguir para cada uno de estos mecanismos: pacto de integridad (Anexo II), testigo social (Anexo III), veedurías de organismos de control (Anexo IV) y audiencias públicas (Anexo V).

33. En el caso de que el conflicto involucre al jefe de Gabinete y simultáneamente a otro ministro, se dispone que serán de aplicación las reglas fijadas en los artículos 9º y 10 del Decreto N°977/95.

Por último, se prevé que los mecanismos de integridad fijados deberán aplicarse en todas las etapas del procedimiento y de ejecución del contrato.

Al respecto, han mediado tres normas de interés complementarias del decreto:

i) *Lineamientos de la Oficina Anticorrupción*: por medio de la Resolución OA N°11/2017³⁴ se estipuló que la obligación de presentar la declaración se tendrá por cumplida una vez presentado ante el organismo el formulario aprobado allí como Anexo. Indicó asimismo que las autoridades convocantes deberán informar en cada procedimiento los nombres y cargos de los funcionarios con competencia o capacidad de decisión sobre la contratación o acto correspondiente, para lo cual aclaró: “La omisión en la declaración jurada no será considerada falsa cuando aquellos no tengan competencia o capacidad para el dictado del acto definitivo que interese al declarante” (art. 1º). Esta precisión vino a solucionar algunas inquietudes en cuanto al alcance de la “capacidad decisoria” del art. 2º del Decreto 202/17.³⁵

ii) *Comunicación de la Oficina Nacional de Contrataciones*: de forma posterior a los referidos lineamientos, para el caso de bienes y servicios –comprendidos por el Decreto N°1023/01 y Decreto N°1030/2016–, a través de la Comunicación General N°76/17³⁶ la Oficina Nacional de Contrataciones determinó un procedimiento para la carga y actualización de la declaración jurada para contrataciones enmarcadas en la plataforma COMPRAR. Este sistema parecería sustituir en este ámbito a la declaración

34. Resolución RESOL-2017-11-APN-OA#MJ del 19/05/2017.

35. Por otra parte, preceptuó algunas directrices que pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) El organismo debe incorporar en las actuaciones una copia de la última actualización presentada de la Declaración Jurada; b) si se requiere una inscripción previa a un registro, las autoridades deben poner a disposición los formularios electrónicos para el cumplimiento de la declaración; c) en tal último caso, los interesados deben manifestar si la declaración jurada de tal registro se encuentra actualizada; d) cuando no se requiera la inscripción, la declaración debe acompañarse en la primera oportunidad prevista de presentación ante el organismo, y e) antes del 31 de marzo de cada año deberá actualizarse tal declaración para el caso de inscripciones en registros (arts. 2º y 3º).

36. NO-2017-11955383-APN-ONC#MM del 19/06/2017.

adjuntada como anexo.³⁷ También, por medio de este reglamento, la ONC determinó que las Unidades Operativas de Compras deben suministrar la información para que los oferentes puedan cumplir con la obligación establecida en el artículo 2º del Decreto N°202/17, con indicación de nombres y cargos de los funcionarios con competencia para autorizar la convocatoria, elección de procedimiento, aprobación de los pliegos, dejar sin efecto, declarar desierto, aprobar el procedimiento, adjudicar y declarar fracaso.

iii) Recomendaciones en contrataciones sobre COVID-19: si bien aclarado en una recomendación para unas contrataciones especiales, la Oficina Anticorrupción sugirió que si ocurriera un cambio de funcionarios durante el procedimiento y antes de la emisión del acto administrativo de cierre, el organismo deberá informar a la mayor brevedad posible los nombres de las nuevas autoridades, a través de los mismos medios y plazos previstos, a efectos de que los interesados actualicen lo declarado oportunamente.³⁸

II.2.4. ¿Conflictos de intereses fundados en deberes generales?

Inicialmente se coincidió en que, para configurar conflictos de intereses, la situación en particular debe estar calificada o tipificada como tal. A su vez, la ley debe prever el modo de neutralización del conflicto (excusación, renuncia, etc.). Sin embargo, resulta pertinente la pregunta acerca de si, por fuera de los escenarios antes vistos y específicamente regulados, es exigible

37. La comunicación estableció que al inscribirse en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) los interesados deben completar la “Declaración Jurada de Intereses” y declarar si se encuentran o no alcanzados por los supuestos de vinculación de los artículos 1º y 2º del Decreto N°202/17. Luego, en oportunidad de presentarse como oferentes en un procedimiento particular, deben “verificar si corresponde modificar algo de lo declarado, principalmente en relación a la vinculación referida en el artículo 2º”. Así, para los procedimientos que se canalizan por COMPRAR, la obligación de presentar la declaración jurada se tendría por cumplida con su carga y actualización en el SIPRO, a la vez que la obligación de manifestar que la declaración está actualizada se encuentra cumplida con la presentación de la oferta. En el caso de que la contratación no se realice por medio, la declaración jurada debe acompañarse junto con la presentación de la oferta y ser actualizada en el SIPRO.

38. Documento, “Recomendaciones para fortalecer la integridad y transparencia en contrataciones públicas celebradas en el marco de la emergencia por COVID-19”, apartado 3, aprobado como anexo a la Resolución RESOL-2020-5-APN-OA#PTE.

una conducta extra al funcionario. Como base de tal inquietud toman relevancia dos preceptos del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por el Decreto N°41/99. En este sentido, el artículo 9° de tal cuerpo consagró el deber de prudencia al indicar que la función pública debe inspirar confianza en la comunidad y que deben evitarse acciones que pudieran poner en riesgo la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad acerca de sus servidores. Por otra parte, el artículo 41 puntualizó que “el funcionario no puede mantener relaciones ni aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de sus deberes y las funciones a su cargo”.

Adicionalmente, como fue visto, el artículo 2 inciso i) de la LEP ordena al funcionario “Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil”. A su vez, el artículo 6° de la LNPA estipula que la excusación de los funcionarios se regirá por el artículo 30 del Código Procesal Civil y Comercial. Al respecto, la disposición del citado Código establece: “[el magistrado] Asimismo podrá hacerlo [excusarse] cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el juicio, fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza”. De acuerdo con esta ilación de normas, para el funcionario público alcanzado por la LEP o la LNPA, el decoro sería también una causal de excusación.

En un abordaje inicial a esta cuestión, la Oficina Anticorrupción ha evaluado si más allá de las permisiones de la LEP, resulta atinente que se ponderen complementariamente algunas circunstancias, en casos en que por motivo de relevancia institucional la solución de la norma resulte insuficiente para garantizar la imparcialidad o la correcta imagen que debe tener la sociedad de sus servidores. Esta indagación no ha llevado a exigir, aunque sí a recomendar, con base en el deber de prudencia, algunas medidas como el desprendimiento de tenencias accionarias o la constitución de un fideicomiso ciego.³⁹ El Órgano no parece haberse expedido sobre el posible alcance del artículo 30 CPCC.

Por tanto, de conformidad con la interpretación oficial, medidas adicionales de gestión de conflictos lo serán al efecto de recomendación. En

39. Resolución RESOL 2016-1-E-APN-OA#MJ.

razón de este carácter, la omisión de las medidas sugeridas –o que hubieran podido sugerirse– no parece que pudiera tener incidencia para invalidar un acto administrativo. Por otra parte, sin que exista una opinión oficial, lo que en principio dispone la remisión al artículo 30 CPCC es un margen potestativo para el funcionario.

Es claro que esta mirada otorga seguridad y es además coincidente con que las restricciones a derechos deban estar estipuladas por ley. No obstante, puede ser que queden cosas para decir sobre estos conflictos fundados en deberes generales o “atípicos”, en lo que concierne a la exigibilidad de acciones de gestión. Pese a ello, en este trabajo me limitaré simplemente a dejar planteada la cuestión, sin pretender ahondar en este punto. Esto así, dado que requeriría una producción específica sobre este interrogante y, asimismo, para no adicionar aún más complicaciones al tema de objeto.

III. Régimen de invalidez

III.1. Conflicto de intereses y vicios del acto administrativo

III.1.1. Vicios en los elementos esenciales

Con el marco jurídico presente, se intentará determinar cuáles son los vicios que suponen un acto administrativo dictado mediando conflicto de intereses. A este respecto, se iniciará con un examen de los vicios correspondientes en los elementos esenciales, cuestión en la que tomarán relevancia los diferentes alcances y modos de interpretar los defectos contenidos en el artículo 14 de la LNPA.⁴⁰ Luego, se continuará con un análisis de los vicios de la voluntad y sucesivamente, se considerará la repercusión de la distinción entre actividad reglada y discrecional en este asunto.

Pues bien, comenzando por el artículo 14 inciso b) de la LNPA, esta disposición consagra como vicio la incompetencia en razón de la materia,

40. Debe resaltarse que se presenta una dificultad inicial en el análisis de estos supuestos, en tanto, como se ha observado, si se traza un paralelismo entre tales incisos y los artículos 7 y 8 de la ley de procedimientos, no existen coincidencias absolutas; Cf. Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2da ed., Tomo III, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 80.

el tiempo o el grado, aspecto que conecta con el elemento competencia del artículo 7 inciso a) de la LNPA. De acuerdo con los alcances de esta pieza, no parece que la gestión adecuada exigible del conflicto incida en este elemento. Más bien y por el contrario, por regla, será justamente en razón de la competencia que tiene asignada el agente que se dará objetivamente el conflicto.⁴¹

El inciso en análisis también contempla el defecto en la causa, por no existir esta o ser falsos los hechos o el derecho invocado, lo cual se enlaza con el artículo 7 inciso b) de la LNPA y se distingue de concepciones iusprivatistas de la causa vinculadas al origen o fin de las obligaciones.⁴² En lo que atañe a este elemento, el conflicto de intereses tampoco parece afectarlo de manera directa. Los hechos que habilitan el dictado del acto pueden existir, estar comprobados en el expediente administrativo y ser conducentes, pese a lo cual el funcionario puede haber omitido excusarse, renunciar a la otra actividad o aplicar el protocolo para conflictos de intereses aparentes. Lo mismo puede decirse sobre las normas que dispongan los requisitos para el dictado del acto. No necesariamente por el conflicto de intereses la ley invocada se encontrará derogada, no existirá o mediará una falta de correspondencia entre el derecho objetivo vigente aplicado y el acto.

Me adelantaré unos pasos, a fin de relevar los elementos motivación, finalidad y forma, encuadrables dentro de los vicios a las formas esenciales y la finalidad, contenidos en la última parte del art. 14 inc b) de la LNPA. En este sentido, si se adopta el concepto de motivación como la exteriorización de la causa y la finalidad; ii) la finalidad como el deber de perseguir los propósitos que surjan de las normas, sin perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados y iii) la forma como el medio en que se exterioriza la declaración (en principio, por escrito),⁴³ tampoco parece que se vean afectados *necesariamente* estos elementos de mediar un conflicto de intereses desde una perspectiva objetiva del conflicto.

41. Como un caso anormal, podrá analizarse retrospectivamente el cuadro en el que un funcionario incompetente intervino, a su vez, en conflicto de intereses.

42. Ver Comadira, J. R., *El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2011, 36, y Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, 12va ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, 685-686.

43. Cf. Comadira, 43-53.

Así las cosas, la resta obtenida nos deja con los elementos objeto y procedimiento, contenidos respectivamente en los incisos c) y d) del artículo 7 de la LNPA. Sobre estos se ahondará a continuación.

En cuanto al objeto, el art. 14 inciso b) no receptó expresamente una referencia a tal pieza y en cambio, estableció que el acto sería nulo si mediare “violación de la ley aplicable”. Una interpretación amplia de este término podría entender que siempre que se verifique algún otro vicio, se daría entonces también un vicio por violación de la ley. Sin embargo, en contra de tal lectura, Balbín ha planteado una posición interesante en la cual se ocupa de definir el alcance de este vicio. En primer lugar, señala, habría que diferenciar la causa del objeto del acto. El vicio en la causa acontecería cuando la norma invocada no existe o es falsa (es decir, cuando no integra el ordenamiento jurídico), mientras que el vicio en el objeto se presentaría cuando medien contradicciones entre el acto y el sentido, alcance y cumplimiento de las normas. En segundo lugar, las violaciones a la ley por infracción a los restantes elementos esenciales que prevén los arts. 7º y 8º de la LNPA deben reconducirse a los vicios para cada elemento (salvo para el elemento objeto), lo que permitiría advertir con mayor claridad los diferentes defectos de los actos.⁴⁴ Esta diferenciación, estimo, ofrece una respuesta plausible para caracterizar este vicio⁴⁵ y, en síntesis, postula que solo operará un defecto en el objeto cuando se contravenga lo dispuesto en una norma y, además, esa contravención no pueda ser ubicada en otro vicio.

Con base en esta hermenéutica, del universo de conflictos que fueron analizados en el punto II.2. habrá un caso en el cual el incumplimiento a la gestión adecuada del conflicto incidirá en el objeto. Esto ocurrirá ante la contravención al artículo 14 LEP, norma que opera como una inhabilitación para ocupar un cargo por un determinado plazo. Se trata de un escenario en donde media un incumplimiento a un precepto legal y tal falta no es reconducible a otra pieza esencial.

Pero por fuera del excepcional escenario del artículo 14 LEP, afirmaré que es en el elemento *procedimiento* en donde se verifica de forma

44. Balbín, 192-193.

45. Sin perjuicio de que la distinción entre norma inexistente y norma que existe aunque se contraría pueda resultar de difícil de determinación en algunos casos.

a originaria y necesaria el defecto del acto en los restantes supuestos,⁴⁶ lo cual queda comprendido dentro del vicio a las formas esenciales a las que alude el artículo 14 inciso b) de la LNPA.⁴⁷ Es que, en estas hipótesis, la gestión adecuada del conflicto se traduce en la exigencia de un procedimiento previo a adoptar (excusación, renuncia a alguna actividad o cumplimiento de los lineamientos del Decreto N°202/17).⁴⁸

Es dable remarcar que, en estos casos, el vicio en otros elementos del acto será contingente y no atado a la mera producción del conflicto. De este modo, no siempre que medie un conflicto de intereses se habrá producido un vicio en la competencia (ej.: por asumir la competencia de otro Ministerio), en la causa (ej.: por decidir en contradicción con los hechos asentados en el expediente), en el objeto (ej.: por asignar un beneficio económico más alto que el tope legal permitido), en la motivación (ej.: por carecer de una fundamentación adecuada de la decisión, particularmente si es discrecional) o en la finalidad de aquel (ej.: por hacerlo para beneficiar a un familiar y no para satisfacer el interés público). Un vicio en otro elemento podrá o no verificarse.

Mas merece tenerse en cuenta que, de manera *indirecta* y en conjunción con otras irregularidades o el tipo de actividad, el conflicto de intereses puede constituir una pieza indiciaria de un vicio en la finalidad por desviación de poder. A este respecto, corresponderá evaluar: a) la existencia de otros defectos en la tramitación –por fuera del incumplimiento a la gestión debida– (ej.: no haberse seguido el procedimiento de selección correspondiente para una adquisición, la determinación de precios pagados significativamente más altos que los de mercado, etc.) y b) en qué medida la actuación de la Administración fue reglada y discrecional (se volverá más adelante sobre este último punto). Es por tanto que, en conexión con otras anomalías, el conflicto puede incidir en valoración de la desviación de poder

46. En igual sentido en cuanto a la afectación al elemento procedimiento, Villar, F., “La revocación de los actos administrativos en conflictos de interés. ¿Deben revocarse en todos los casos?”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N°2, Universidad Austral, junio 2019.

47. Comadira, 105.

48. Advuértase que la renuncia a la actividad vedada, en los términos del artículo 15 inciso a) LEP, no es una condición previa para el dictado del acto de designación en el cargo sino para asunción de este.

e incluso, llevar a concluir la existencia de una injerencia beneficiadora por parte de una autoridad para con un particular, circunstancia que conduce además a la posible comisión del delito de negociaciones incompatibles (art. 265 CP).⁴⁹

Destaco que las conclusiones que se arriban aquí parten del entendimiento y alcance otorgado precedentemente al elemento objeto y al vicio de violación a la ley aplicable. Una interpretación distinta de la asumida podrá conducir a valorar que en los supuestos de los artículos 2 inciso i), 13 y 15 LEP, además de un vicio en el procedimiento, también hay un defecto en el objeto.

III.1.2. Vicios de la voluntad

Resulta necesario, por otro lado, efectuar ciertas precisiones en torno a los vicios de la voluntad contenidos en el artículo 14 inciso a) de la LNPA al prescribir que el acto es nulo cuando la voluntad de la Administración “resultare excluida por error esencial; dolo en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral sobre el agente; por simulación absoluta”.

Cierto sector de la doctrina, en una posición que pone énfasis en el carácter objetivo de la irregularidad, reconduce estos vicios de la voluntad a los concernientes a los elementos del acto. Se ha referido así que en el marco de la Administración, i) el error “esencial” que contempla dicho artículo debe ser relacionado con los supuestos de exclusión o vicio grave de un elemento esencial por lo que el dolo solo generaría la nulidad en cuanto se encuentre gravemente afectada la causa; ii) que el vicio de violencia solo tiene significación jurídica cuando afecta algún elemento esencial del acto, aunque adquiere diferentes matices en caso de actividad discrecional, y iii) que en la hipótesis de simulación –en la que por cierto no habría vicio de la voluntad sino intención– siempre habría invalidez, puesto que se verían afectados algunos o todos los elementos esenciales.⁵⁰

49. Se ha sostenido que el funcionario incurre en este delito cuando “condiciona la voluntad comercial de la administración, por la inserción del interés particular”, el cual se plasma en una injerencia aprovechadora, Colombo, M. y Honisch, P., *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, 151.

50. Cf. Comadira, 90-95. En similar sentido, Hutchinson también vincula el supuesto de error esencial y dolo con el vicio en la causa, mientras que la simulación implicaría un fin

Balbín, en una postura distinta, plantea que en algunos casos el presupuesto de la voluntad es relevante y en otros no. Por esta razón, manifiesta que “en el campo de los actos enteramente reglados, el presupuesto volitivo es casi irrelevante ya que el agente debe necesariamente obrar y a su vez hacerlo de un modo predeterminado”.⁵¹ Sin embargo, indica que en el ámbito de los actos discrecionales el presupuesto volitivo sería relevante y consecuentemente sus vicios también, dado que aquí estos defectos no podrían ubicarse entre los elementos esenciales del acto sino únicamente en el aspecto volitivo. Bajo esta perspectiva, si los vicios de la voluntad inciden en cualquiera de los elementos esenciales del acto, entonces no habría que aplicar el inciso a) del artículo 14 LNPA. En cambio, cuando el vicio esté presente en el marco de un acto cuyos elementos son válidos, los defectos en el consentimiento y voluntad serían jurídicamente relevantes; el acto sería válido desde el punto de vista objetivo pero inválido desde la perspectiva subjetiva.

Por otra parte, en réplica a otras lecturas, el citado profesor agrega que el intento de reconducción de los vicios de la voluntad a los de los elementos esenciales del acto llevaría a afirmar que el legislador incorporó el inciso a) del artículo 14 sin ningún sentido.⁵² En esta línea, ejemplifica escenarios en los cuales sería necesario centrar el defecto sobre el aspecto volitivo. Esto debería ocurrir, observa, cuando si bien se consignó un hecho cierto el agente subjetivamente tuvo en cuenta otro hecho para decidir cómo lo hizo; en el caso de dolo, si el agente otorgó subsidios no en razón de los antecedentes (aun cuando estos fuesen ciertos) sino por favores obtenidos a cambio del dictado del acto; si el acto discrecional es cierto pero el agente obró con vicios en su discernimiento y voluntad por violencia, y cuando el Estado decide otorgar subsidios por el máximo pudiendo haberlo hecho por montos menores (discrecionalidad) aunque se ejerció violencia sobre el agente.

distinto del aparente, lo que sería reconducible a la desviación de poder. En cuanto a la violencia sobre el agente, incidiría en un vicio en la causa o en el objeto, aunque tendría una repercusión particular en el caso de ejercicio de actividades discrecionales; Cf. Hutchinson, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 9ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, 138-139.

51. Cf. Balbín, 236. El autor aclara, no obstante, que puede existir un pequeño halo de decisión porque el agente puede obrar o no hacerlo.

52. Cf. Balbín, 236-238.

Con base en tales parámetros, al analizar puntualmente vicios de la voluntad, ubica dentro de estos a la falta de excusación, cuando el funcionario debería haberlo hecho y a los supuestos de los artículos 13, 14 y 15 LEP, sin perjuicio de reconocer que en estos últimos casos también pueda residenciarse un vicio en el elemento objeto o dolo. Por tanto, en el supuesto de omisión de excusación, el acto sería objetivamente legítimo y, a pesar de ello, el agente habría obrado de modo condicionado en su consentimiento y voluntad, defecto en el aspecto volitivo que se replicaría en los citados casos de la ley de ética pública.⁵³

Es claro que la regulación de los vicios de la voluntad que efectúa la LNPA es por demás problemática y exige cierto esfuerzo interpretativo para su análisis. Si bien puede admitirse que un vicio como el de violencia presenta autonomía respecto de los vicios a los elementos, en otros, como en el supuesto de dolo, el propio artículo parece remitir al elemento causa al agregar “en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos”. Sobre este punto, el ejemplo de Balbín no parece muy atinente de acuerdo con la exégesis de la norma y, además, parecería reconducible al elemento finalidad. También, parecerían reconducibles los vicios por error esencial y simulación (a causa, objeto o finalidad). Pese a ello, su postura tiene mérito al intentar buscar una solución equilibrada entre ambos tipos de vicios, puesto que, de lo contrario, el artículo 14 inciso a) de la LNPA sería calificable de redundante. El asunto es que se presenta difícil, con excepción del caso de la violencia, encontrar situaciones en donde tales vicios de la voluntad no sean reconducibles a los vicios del artículo 14 inciso b) de la LNPA.

Con este marco doctrinal presente, considero que ni con una ni otra de las posturas reseñadas puede afirmarse que el conflicto de intereses se refleje en un vicio de la voluntad. Especialmente, no se comparte que la omisión de la excusación y los casos de conflictos de intereses de los artículos 13, 14 y 15 LEP (y también las contravenciones al art. 2 inciso i) LEP y al Decreto 202/17) se presenten como vicios de este tipo. Balbín estima que ante la falta de excusación no media ninguno de los vicios contemplados en el art. 14 inciso b) de la LNPA, por lo que adquirirían relevancia jurídica los vicios de la voluntad. Mas, como se vio, esto no es así, dado que se ve afectado el elemento procedimiento (la gestión adecuada omitida) o, para el caso espe-

53. Cf. Balbín, 237 y 242.

cífico del art. 14 LEP, el objeto. Parecería que, en esta postulación, subyace una caracterización subjetiva del conflicto de intereses, es decir, el entender que se ven afectados el consentimiento y la finalidad. Pero esta cuestión no necesariamente se verificará, ni tampoco interesa bajo la concepción objetiva de conflicto de intereses.

III.2. Valoración de la gravedad del vicio

III.2.1. Distinción de actividad reglada y discrecional

Anteriormente se dijo que si bien es solo en el elemento procedimiento en donde se radicará de forma directa un vicio en el acto administrativo, ello no obstará a que puedan presentarse otras irregularidades de manera contingente. A tal fin, además de mencionarse el rol que podrán tener otras irregularidades, se propuso revisar la incidencia en este asunto de la distinción entre actividad reglada y discrecional.

Desde la dogmática del Derecho Administrativo se ha referido que cuando la norma atributiva de la facultad define con exactitud y completitud la decisión que debe ser tomada, su ejercicio se denomina “reglado”. En cambio, la discrecionalidad se daría cuando la facultad normativamente que tiene conferida el órgano administrativo le permite ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinación, entre otras igualmente válidas.⁵⁴ Empero, se ha observado que no existen potestades íntegramente discrecionales porque como mínimo el legislador debe necesariamente regular el aspecto competencial, a la vez que es difícil hallar potestades íntegramente regladas.⁵⁵ En relación, adicionalmente se presentan los denominados conceptos jurídicos indeterminados (ej.: “ruina”, “baja recaudación”), los cuales pueden verificarse tanto en el antecedente como en el consecuente de la norma. Estos caracteres, se explica, conducen a una actividad de subsunción o de comprobación por parte de la Administración, es decir que se da o no el concepto.⁵⁶

54. Cf. Alonso Regueira, E., *El control de Convencionalidad de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Lajouane, 2017, 16.

55. Cf. Balbín, Tomo I, 874-875.

56. Comadira, J. R. y Escola, H. J., *Curso de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, 105-106.

Sin perjuicio de los matices que existen en el tema, en la práctica administrativa es posible efectuar una diferenciación, en tanto el consecuente de la norma deba ser completado por una actividad preponderantemente volitiva de la Administración o no. En esta línea, Villar, al abordar un tipo de conflicto de intereses –que él denomina “genéricos” y que podríamos asociar con los de tipo potencial comprendidos por el art. 2º i) de la Ley N°25.188–, destacó que resultaría de vital importancia determinar los elementos reglados o discrecionales del acto administrativo, esto es, si el acto tiene como objeto otorgar un acto en cuyo dictado estén determinados todos pasos a seguir a partir del cumplimiento de ciertos requisitos.⁵⁷ Por tanto, afirma, si los vicios no llegasen a impedir la existencia de alguno de los elementos esenciales, el acto sería de tipo anulable, toda vez que, si el funcionario no hubiese contado con un conflicto, no habría cambiado el resultado del acto.⁵⁸ Esta interpretación recuerda en parte las consideraciones plasmadas anteriormente en torno a los vicios de la voluntad y la actividad reglada, en las que se descartaba la relevancia de la voluntad del funcionario dado que el acto hubiese sido dictado del mismo modo, de no haber mediado vicio. De consiguiente, una lectura de este tipo permite amalgamar el defecto en el elemento procedimiento –falta de gestión adecuada del conflicto– con el precepto del artículo 15 de la LNPA y entonces, postular que en algunos casos el vicio podrá presentarse con carácter leve.

En cambio, creo que no puede postularse lo mismo para actos en los que ha mediado una actividad preponderantemente discrecional. En esta hipótesis, si bien no de manera directa, ya que ni la actividad discrecional determina *per se* que el conflicto redunde en vicio en la finalidad, la regularidad del acto presentará mayores dudas. En esta línea, es posible proponer que, si se conjuga un conflicto de intereses con una decisión discrecional, tal situación operará a modo de presunción de una falla en la finalidad, la que igualmente podrá ser desvirtuada por la motivación del acto y la inexistencia de otras irregularidades.

III.2.2. Arts. 2 inciso i), 13, 14 y 15 de la Ley N°25.188

En función de lo dicho hasta aquí, tomando solo la circunstancia de que el acto fue dictado sin que el funcionario haya cumplido con la gestión

57. Existirá, no obstante, una valoración del funcionario en la etapa de examen.

58. Cf. Villar, cit.

debida para tratar tal conflicto y sin que mediaren otras irregularidades o el ejercicio de una actividad preponderantemente discrecional que, en contexto y en razón de la insuficiente motivación haga presumir una finalidad afectada, podría llegar a considerarse que el vicio, en definitiva, es leve (sin perjuicio del reproche disciplinario o político al funcionario involucrado). A esta conclusión llegó la Procuración del Tesoro en un caso comprendido por el artículo 2 inciso i) de la Ley N°25.188 –conflicto de intereses entre padre e hijo–, en el cual sentó que la omisión en que incurriera el agente podría dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, pero no conllevaba la invalidez de las contrataciones.⁵⁹

Sin embargo, los conflictos particulares comprendidos por los artículos 13, 14 y 15 de la LEP agregan otra variable:

Artículo 17. — Cuando los actos emitidos por los sujetos del artículo 1° estén alcanzados por los supuestos de los artículos 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Si se tratare del dictado de un acto administrativo, este se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la Ley 19.549.

Las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.

La disposición en comentario abre un significativo interrogante: ¿cómo se relaciona esta declaración de invalidez del acto con el artículo 14 de la LNPA?

Al respecto, a poco de la sanción de la Ley N°25.188 Frandsen hubo de postular dos interpretaciones. La primera implicaría considerar que lo establecido vendría a adicionarse a los incisos a) y b) del artículo 14 de la LNPA, como una especie de tercer apartado. Bajo esta exégesis, cualquiera de las deficiencias, con independencia del sentido de la resolución, aparejarían la invalidez del acto. No sería necesario entonces la determinación de una desviación en la finalidad y la norma obraría de manera disuasiva sobre las posibles interferencias particulares en la gestión de los intereses públicos.

59. Dictámenes 266:76 (2006).

No obstante, señaló, tal hermenéutica puede perturbar el régimen general de invalidez de la LNPA, al no permitir generar un equilibrio entre el interés que demanda la supresión del acto y otro que demanda la supresión de los actos que contravienen el ordenamiento jurídico. A fin de solucionar esta desavenencia, el autor planteó que podría interpretarse que la alusión al artículo 14 de la LNPA significaría que el acto administrativo es nulo “cuando fuere emitido mediando violación a la finalidad que inspiró su dictado, según lo dispuesto por su inc. b)”, es decir, cuando fuese dictado mediando fines extraños a los que justifican su dictado.⁶⁰

La Oficina Anticorrupción, por su parte, si bien ha declarado que la competencia para declarar la invalidez del acto corresponde al organismo que la dictó, razón por la cual en la mayoría de los casos devuelve las actuaciones para la evaluación de este aspecto, en algunas situaciones ha procedido a efectuar consideraciones sobre el artículo 17 LEP. Así, ha esbozado que pese a que no es relevante la significancia de la contratación, la intención del funcionario o la circunstancia de que se trate de una operación aislada para que se configure un conflicto de intereses, sería aplicable el principio que establece que “carece de sentido dictar la nulidad por la nulidad misma, por cuanto su declaración debe corresponder a un concreto perjuicio para alguna de las partes, no correspondiendo adoptarla por el mero interés formal del incumplimiento de la ley”.⁶¹

Merece observarse que la posición citada de la Oficina Anticorrupción, basada a su vez en una doctrina de la Procuración del Tesoro,⁶² es por demás problemática. Es que, por medio de esta, se extrapolan –en mi opinión, incorrectamente– consideraciones dogmáticas realizadas en torno a otros

60. Frandsen, Ignacio Carlos, “Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos”, en *El Derecho Administrativo* 00/01, 371, 2000.

61. Resolución N°488/2015 del 06/06/2015. Ver también Resoluciones OA/DPPT N°103 del 25/04/03 y N°434/14. Ya en años más recientes, la Oficina Anticorrupción parece haber evitado pronunciamientos sobre el alcance específico del citado artículo 17 de la Ley 25.188 y ha deferido a las reparticiones el examen sobre su aplicación concreta a conflictos de intereses detectados; ver Resoluciones RESOL-2018-28-APN-OA-MJ del 18/10/2018, RESOL-2019-13-APN-OA#MJ del 06/05/2019 y RESOL-2019-24-APN-OA#MJ del 16/09/2019.

62. Dictámenes 256:134 (2006), 262:548 (2007), entre otros.

sistemas de nulidades, como resulta ser el del sistema procesal civil (en cuyo ámbito todas las nulidades son de carácter relativo y se vinculan con el derecho de defensa). De consiguiente, no se tiene presente la especificidad del régimen administrativo, sus diferentes contenidos, y por ello, se evita construir una solución razonable a partir de este cuerpo normativo.

Personalmente, sin perjuicio de reconocer lo opinable de esta cuestión, estimo que la remisión al artículo 14 de la LNPA conduce también a analizar lo dispuesto por el artículo 15 de la LNPA y, por ende, la admisión de vicios leves. En contra podrán invocarse los términos empleados por el artículo 17 LEP, los cuales atribuyen al acto el carácter de “viciado de nulidad absoluta”. Sin embargo, adviértase que similar redacción aparece en el art. 14 de la LNPA al contemplar: “El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos”, cuestión que no es obstáculo para la valoración de la gravedad de los vicios según lo dispuesto por el artículo 15 de la LNPA.⁶³ El citado artículo 17 LEP podía haber establecido un régimen de invalidez independiente pero no parece haberlo hecho al indicar que la nulidad se dará “en los términos del artículo 14 de la Ley 19.549”. Por estos motivos, estimo que existe un margen interpretativo, al igual que en el régimen procedimental nacional, para valorar la gravedad del vicio.

Por fuera del ámbito interpretativo, acerca de la conveniencia de la norma, entiendo cuestionable la determinación prevista por el artículo 17 LEP. El acto dictado mediando conflicto de intereses no está necesariamente viciado en su finalidad y aunque lo estuviese, situaciones jurídicas creadas al amparo pueden merecer ser protegidas a raíz de otros principios jurídicos. Antes que una rígida instrucción de anulación que se desentiende de sus consecuencias, resultarían valiosas algunas pautas para determinar cuándo se configura un defecto grave y algunos estándares para valorar la tensión entre la legalidad y otros principios jurídicos.⁶⁴ En este marco, también

63. Artículo 15. — Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial.

64. En otros países, como España, la ley ha amparado el mantenimiento de efectos jurídicos de actos administrativos inválidos. En este sentido, Cano Campos ha explicado que principios como el de seguridad jurídica, la protección de la confianza legítima, la continuidad de los servicios públicos, entre otros, pueden meritarse proteger determinadas situaciones. Esta ponderación con el principio de legalidad, afirma, es realizada generalmente por

podría darse cierta entidad a la distinción entre la actividad reglada y discrecional que obró en el dictado del acto.⁶⁵

A propósito de lo expuesto, pueden traerse a mención las interesantes palabras de Doménech Pascual, quien desde un enfoque del análisis económico del derecho y en consideración del régimen español, señala que si puede constatarse con certeza que el vicio en el procedimiento (como en nuestro caso podría ser la omisión de excusación) no mermó en el acierto de la decisión cuestionada (es decir, la decisión hubiese sido la misma), el único costo de considerarla válida sería, aparentemente, generar cierto incentivo para que las autoridades incurran nuevamente en vicios semejantes en el futuro. Aun así, apunta, parece difícil pensar que tal costo exceda los costos que suponen la anulación del acto, tales como (i) eliminar una regulación que cumple todas las condiciones en virtud de las cuales cabe suponer que se trata de la más conveniente para los intereses públicos; ii) volver a la regulación anterior, que puede no ser conveniente para el interés general; y, en su caso (iii) tramitar un nuevo procedimiento para sustituir la decisión inválida por otra. Asimismo, advierte que la eficacia disuasoria de la invalidez es, por lo general, relativamente débil, dado que las autoridades no suelen internalizar los costos sociales que encierra la invalidez de los actos administrativos que dictan; en cambio podrían ser más eficientes otros mecanismos de disuasión, como la responsabilidad patrimonial por los daños.⁶⁶

el juez o la Administración, pero también puede ser hecha por el legislador en abstracto; Cano Campos, T., "Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo", en *Documentación Administrativa - Nueva Época* N°5, 2018, 18. En igual sentido sobre otra norma de la materia, Romero Verdún, Iván F., "Cláusula anticorrupción del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", en *Revista del Régimen de la Administración Pública* N°500/501, pp. 18-21.

65. Pese a ello, el último del proyecto de reforma de ley de ética pública desarrollado por la Oficina Anticorrupción (INLEG-2019-13024451-APN-PTE del 06/03/2019), si bien meritorio en su generalidad, en este aspecto se limitó a replicar en casi iguales términos lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 25.188, aunque sin remisión a la LNPA (art. 36).

66. El autor distingue en este análisis tres supuestos: a) si puede constatarse con una certeza prácticamente absoluta que el vicio de procedimiento no ha mermado el acierto de la decisión cuestionada; b) sí puede constatarse con certeza que el vicio de procedimiento ha influido en el resultado de la decisión y c) si no puede afirmarse ni descartarse con certeza que el vicio de procedimiento haya influido en la decisión adoptada. De acuerdo con sus consideraciones, estima como solución más razonable mantener la validez del acto en

Más bien, antes que la invalidez, lograr una mejora en la observancia de las reglas de gestión de los conflictos de intereses podría encontrar mejor resultado a través de actividades de tipo preventivo –como pueden ser capacitaciones en materia de integridad pública– y procedimientos que permitan una detección temprana y eficiente de aquellos, así como también mecanismos de internalización de los costos para el funcionario.⁶⁷

III.2.3. Incumplimientos al Decreto N°202/17

En lo que concierne al Decreto N°202/17, dados los diferentes escenarios y etapas que el procedimiento prevé, es posible efectuar una división en tres supuestos de anomalías, las que repercutirán directamente en el elemento procedimiento: a) falta del organismo en publicar las listas de funcionarios del art. 2º (funcionarios con rango menor a ministro con capacidad decisoria sobre el acto); b) omisión de presentación o actualización de la declaración jurada; c) falsedad de esta; d) ausencia de adopción de alguno de los mecanismos de integridad establecidos.

Es útil comenzar este análisis por el punto a), puesto que existe una interpretación oficial sobre las consecuencias de esta hipótesis. Recuérdese que el decreto en estudio instruye, como primera medida, el publicar la lista de funcionarios comprendidos por su artículo 2º, de manera que los interesados puedan expedirse también acerca de si tienen un conflicto de intereses con estos. Ahora bien, en relación, la Oficina Nacional de Contrataciones concluyó que la omisión de publicación de quiénes son estos agentes debe ser encuadrada en el artículo 18 del régimen aprobado por el Decreto N°1023/01. Este artículo establece que la comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad

el supuesto a) y declarar la invalidez en los supuestos b) y c); Cf. Doménech Pascual, G., “Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017*, Madrid, INAP, 2017, 161-164.

67. Necesidad remarcada por la OCDE en relación a la Administración Nacional argentina; OECD, *Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina: Lograr un cambio sistémico y sostenido*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, París, OECD Publishing, 2019, 195-223.

y difusión previa o se hubieran determinado cláusulas cuyo cumplimiento solo pudieran lograrlo determinados interesados u oferentes, “dará lugar la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes”. Además, descartó la posibilidad de subsanación de tal deficiencia mediante la intimación a acompañar la declaración jurada con posterioridad a la apertura de ofertas.⁶⁸

Según la mirada de la ONC, el incumplimiento de tal difusión no resulta una deficiencia menor –encuadrable en el art. 17 del Decreto N°1023/01 sobre errores subsanables– sino significativa. En el caso en examen, el órgano rector intervino con el procedimiento de adquisición en curso. A pesar de ello, de haberse ya perfeccionado el contrato (acto administrativo), parecería que dado el peso otorgado a este deber de difusión, desde el régimen de invalidez de la LNPA haría considerar que medió un vicio grave en el procedimiento. Esta parecería ser la única interpretación oficial a la fecha en cuanto a la difusión de los funcionarios comprendidos en el art. 2° del Decreto N°202/17. Si bien las irregularidades b) y c) antes nombradas son cualitativamente distintas, una lectura del mismo tenor llevaría a entender que existe un vicio grave en el procedimiento también en estas situaciones.⁶⁹

Sentado lo expuesto, trataré de ahondar en una interpretación alternativa, que parta de distinguir si, en función de los hechos, debía o no seguirse algún mecanismo de integridad. Para esto unificaré las hipótesis en estudio en dos grupos:

68. IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM del 08/01/2019. Merece señalarse que la aplicación del artículo 18 del RCAN es a su vez otro cantar, dado que pueden sostenerse dos interpretaciones de aquel. Por un lado, que cuando ordena la “revocación inmediata del procedimiento”, su alcance temporal finaliza con la perfección del contrato y hace referencia al procedimiento, no a un acto en particular. Sin embargo, en una lectura que no se comparte, la ONC sostuvo que el alcance de tal revocación se extendía también a la ejecución y comprendía el contrato. Ver Dictamen ONC IF-2017-05245541-APN-ONC#MM del 04/04/2017.

69. Es importante recordar que el ámbito de aplicación del Decreto N°202/17 es mucho más amplio que el de las competencias de la ONC, por lo que podrán verificarse distintas opiniones al respecto por parte de otros órganos, particularmente la Procuración del Tesoro.

i) Falta de publicación de las listas de los funcionarios del art. 2º del Decreto N°202/17 (a) y omisión de presentación jurada (b): corresponde señalar que ambos defectos no parecen producir una merma a la competencia, ni tampoco otorgan una ventaja comparativa para alguno de los interesados. De igual forma, merece observarse que no necesariamente porque medien estas negligencias habrá acontecido un conflicto de intereses, ni siquiera aparente. En efecto, supóngase que un organismo: a) yerra en incluir al Subadministrador dentro de la citada lista de funcionarios con competencia para decidir sobre en la convocatoria; b) advierte esta omisión luego de perfeccionado el contrato; c) se comprueba que, de todas maneras, ninguno de los interesados tenía algún vínculo con tal funcionario. Similar situación se daría si en un procedimiento el oferente omite acompañar o actualizar la declaración jurada pero queda determinado que igualmente no tenía ningún tipo de vínculo con los funcionarios de los artículos 1º y 2º. En ambas circunstancias, en tanto no media ninguna conexión, podría sostenerse que el vicio procedimental es leve, pues aun de haberse publicado la lista correctamente o haberse acompañado la declaración, no se hubiese adoptado ninguno de los mecanismos de integridad consagrados por la norma. En sentido inverso, si se incurrió en alguna de estas omisiones y existía alguno de los ligámenes contemplados, considero que el vicio sería grave –lo que tornaría irregular el acto– dado que se habría tornado exigible la adopción de alguno de los mecanismos de integridad.

ii) Falsificación de contenido de la declaración jurada mediando vinculación positiva (c)⁷⁰ y omisión de aplicar el procedimiento de integridad requerido (d): En estos casos, el vicio en el procedimiento parecería adquirir un tenor mayor y llevaría, en principio, a ponderar la irregularidad del acto. Más en algún escenario podrían llegar a invocarse las consideraciones sobre actividad discrecional y reglada para sostener la levedad del vicio.

A esta posición que se ensaya podría oponérsele el artículo 6º del Decreto N°202/17, el cual dispone que la omisión de presentar declaración jurada podrá ser considerada causal suficiente de exclusión del

70. Es evidente que también se podría falsificar la declaración e igualmente no tener ningún vínculo. Pese a ello, el sentido de la norma parecería apuntar al caso en que se falsifica teniendo vínculo.

procedimiento y que la falsedad de la información será considerada una falta de máxima gravedad, a los efectos que correspondan en los regímenes sancionatorios aplicables. Sería así planteado que tal calificación de reproche hace que todas las omisiones y falsedades configuren un vicio grave. Creo, en cambio, que la norma justamente ató la gravedad de los reproches a esos ámbitos (exclusión del procedimiento y disciplinario) y no al régimen de invalidez.

IV. Conclusiones

Con base en lo desarrollado en este trabajo, pueden esbozarse las siguientes consideraciones:

- 1) Actualmente, en relación a la función pública, el conflicto de intereses es comprendido como una situación objetiva –sin relevancia en la motivación interior del agente–, la que se produce cuando un interés relevante privado del funcionario confronta o puede confrontar con el desempeño de sus deberes y responsabilidades públicas.
- 2) En cuanto al concepto de incompatibilidad, se ha propuesto entender esta figura como un instituto o técnica, de origen legal, reglamentario o constitucional, de impedimento de dos o más actividades o beneficios, de forma simultánea y fundada en razones de interés público. Se trata así de un instituto que carece de finalidades precisas apriorísticas, ya que la legislación permite advertir su utilización para una amplia diversidad de presumibles objetivos.
- 3) De acuerdo al alcance otorgado al vicio de violación a la ley y al elemento objeto, solamente en el supuesto del artículo 14 LEP mediará un vicio de esta naturaleza. En las restantes hipótesis, será en el elemento procedimiento en donde se verifica de forma directa el defecto del acto. Esto así, dado que la gestión adecuada del conflicto se traduce en la exigencia de un procedimiento previo a adoptar (excusación, renuncia a alguna actividad o cumplimiento de los lineamientos del Decreto N°202/17). En estos casos, el vicio en otros elementos del acto será contingente y no estará atado a la mera producción del conflicto. No obstante, en conjunción con otras irregularidades o el tipo de actividad, el conflicto puede contribuir a valorar la existencia de una desviación de poder e incluso la de una injerencia beneficiadora, escenario

- que conduce además a la posible comisión del delito de negociaciones incompatibles (art. 265 CP).
- 4) Con base en una concepción objetiva de conflicto de intereses, se ha rechazado que estos pueden configurar un vicio de la voluntad en los términos del artículo 14 inciso a) de la LNPA.
 - 5) Teniendo presente la distinción entre actividad reglada y discrecional, se ha analizado la posibilidad de que el vicio en el procedimiento –falta de gestión adecuada del conflicto– pueda presentarse como leve en el primer caso. Sin embargo, el concurso de un conflicto de intereses con una decisión preponderantemente discrecional podrá operar a modo de una símil presunción de la falla en la finalidad, la que podrá ser desvirtuada.
 - 6) Luego de haberse analizado varias posturas en torno al artículo 17 de la Ley N°25.188, se opinó que la remisión que efectúa esta disposición al artículo 14 de la LNPA conduce también a meritar lo dispuesto por el artículo 15 de la LNPA y, por ende, a la admisión de vicios leves que no impidan la existencia del elemento. De esta manera, se ha postulado la existencia de un margen interpretativo, al igual que en el régimen procedimental nacional, para valorar la gravedad del vicio.
 - 7) En cuanto a la conveniencia del artículo 17 LEP, se ha juzgado que antes que una rígida instrucción de anulación resultarían valiosas algunas pautas para determinar cuándo se configura un defecto grave y algunos estándares para valorar la tensión entre la legalidad y otros principios jurídicos, así como la distinción entre actividad reglada y discrecional.
 - 8) Por último, en cuanto al Decreto N°202/17, se ha diferenciado la existencia de cuatro situaciones. En dos de estas, i) falta de publicación de la lista de funcionarios del art. 2º de la norma y ii) omisión de presentación jurada, puede admitirse un vicio leve, en tanto no se hubiese producido alguno de los supuestos de ligamen. Ello así, puesto que en ninguno de ambos casos se hubiesen adoptado los mecanismos de integridad consagrados por la norma. El acto, de consiguiente, sería regular. En contraste, iii) de mediar falsificación de contenido de la declaración jurada existiendo vinculación o, iv) de omitirse aplicar el procedimiento de integridad requerido existiendo vínculo, el vicio en el elemento será grave, lo que lo tornará irregular.

Bibliografía

- Alonso Regueira, E., *El control de Convencionalidad de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Lajouane, 2017.
- Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2da ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- Barraza, J. I. y Schafrick, F. H., “Inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios o agentes públicos”, en LL-1996-E, 1001.
- Cano Campos, T., “Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo”, en *Documentación Administrativa - Nueva Época* N°5, 2018, 7-26.
- Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, 12va ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Colombo, M. y Honisch, P., *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012,
- Comadira, J. R., *El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Comadira, J. R. y Escola, H., *Curso de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- De Michele, R., “Los conflictos de interés en el sector público”, Coalición por la Transparencia, Guatemala, 2004.
- Doménech Pascual, G., “Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, Madrid, INAP, 2017.
- Frandsen, I. C., “Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos”, en *El Derecho Administrativo* 00/01, 371, 2000.
- Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 2da ed., Buenos Aires, La Ley, 2004.
- Hutchinson, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 9ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.
- Ivanega, M. M., “Los conflictos de intereses en las contrataciones públicas”, en *Revista del Régimen de la Administración Pública*. Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones,

- Buena Administración y Derechos Individuales. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 2018.
- Larocca, A. C., *Ética pública y conflictos de intereses. Estudio para su prevención y su adecuada gestión*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Oficina Anticorrupción, 2019.
- “Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N°487, junio 2019.
- Martínez, A. H., “Transparencia y corrupción en materia de contrataciones públicas: Conflictos de intereses”, en *RDA* 2020-127.
- OECD, *Recommendations of the council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, OECD/LEGAL/0316.
- “Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina: Lograr un cambio sistémico y sostenido”, en *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública*, París, OECD Publishing, 2019.
- Romero Verdún, Iván F., “Cláusula anticorrupción del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, en *Revista del Régimen de la Administración Pública* N°500/501, 2020.
- Stark, A., “Legislación relativa a conflicto de intereses en Estados Unidos y Canadá: Lecciones de la experiencia norteamericana”, en Sandoval I., Eréndira (coord.), *Corrupción y Transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, Siglo XXI, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2009.
- Villar, F., “La revocación de los actos administrativos en conflictos de interés. ¿Deben revocarse en todos los casos?”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N°2, Universidad Austral, junio 2019.
- Zin, M., *Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, 14, citado en Nattero, P. y Baragli, N., *Conflictos de intereses: disyuntivas entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción*, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación - PNUD Argentina, 2009.