

## La revocación de los Actos Administrativos dictados en conflicto de interés

### ¿Deben revocarse en todos los casos?

Por Fermín Villar

#### 1. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene como objetivo efectuar un breve análisis sobre la revocación de los actos administrativos, dictados en conflicto de interés, partiendo de la base de dos supuestos normativos que plantea la Ley de Ética Pública, Ley N° 25.188 (uno de ellos compartido en la propia LPA). En efecto, el primer supuesto es el contemplado en los arts. 13, 14, 15 y 17 de la citada Ley -cuya transcripción se hará infra, en el capítulo 2- y el segundo supuesto es el de los conflictos de intereses “genéricos” del art. 2 inc. i, que no son más que una remisión a las causales de excusación/recusación de los jueces, del C.P.C.C.

De este modo, se estudiará si existen diferencias entre distintos tipos de conflictos de intereses, siendo que a algunos, la ley les asigna una sanción determinada como la nulidad absoluta, mientras que, en otros casos, simplemente la ley u otra norma (como podrían ser los convenios colectivos p. ej.) no le asignan ninguna sanción específica. En este orden, se intentará resolver si en estos casos de conflictos de intereses “genéricos”, se les deben aplicar por analogía la misma sanción que para los otros supuestos, o si podemos escoger cualquiera de las sanciones previstas en el régimen general de LPA. Asimismo, se analizará si la sanción prevista en el art. 17 de la Ley N° 25.188 resulta razonable o no.

En cuanto a la aplicación del régimen general, se hará foco en qué elementos del acto administrativo se encontrarían viciados ante un acto que ostente tal defecto, y si los mismos son anulables o nulos de nulidad absoluta. Para ello, se tendrá en cuenta si el funcionario contaba con elementos discrecionales o reglados para dictar el acto y si esto resulta fundamental o no, a la hora de evaluar la gravedad del elemento viciado.

En resumen, el presente trabajo intenta dar una respuesta ante un problema en concreto que sufre a diario la gestión pública: ¿qué debe hacer la administración, ante un acto administrativo, dictado en conflicto de interés del funcionario interviniente, en los casos no previstos por la Ley?

#### 2. Respuesta provisional al problema [\[arriba\]](#)

En primer lugar, debemos diferenciar qué clase de conflictos de intereses tenemos en el marco regulatorio actual, para dar al menos, una respuesta provisional al asunto que nos concierne.

La Ley de Ética Pública contiene, en su capítulo V, distintos supuestos de conflictos de intereses, regulados a través de los arts. 13, 14 y 15; a saber:

ART. 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.

ART. 14.- Aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios.

ART. 15.- Las inhabilidades o incompatibilidades establecidas en los artículos precedentes regirán, a todos sus efectos, aunque sus causas precedan o sobrevengan al ingreso o egreso del funcionario público, durante el año inmediatamente anterior o posterior, respectivamente.

Ante estos conflictos, señala con meridiana claridad, cuál es la sanción que corresponde aplicar en su art. 17:

ART. 17.- Cuando los actos emitidos por los sujetos del art. 1 estén alcanzados por los supuestos de los arts. 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 art. 14 de la Ley N° 19.549 (...).

De este modo, no admite dudas que los actos administrativos dictados en los supuestos de conflictos de interés, contemplados en los arts. 13,14 y 15 de la citada Ley, son nulos de nulidad absoluta, y por ende, pesa sobre la administración el deber de revocarlos en su propia sede -salvo que el acto goce de estabilidad-, según lo dispuesto en el art. 17 de la LPA.

Ahora bien, por otro lado, la Ley N° 25.188 prescribe en su art. 2:

ART. 2.- Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil.[1]

Análoga norma se encuentra en la LPA en su art. 6.[2]

A estos conflictos de intereses, que llamaremos “genéricos”, tanto la Ley de ética pública, como la LPA, no les asigna una determinada sanción ante su incumplimiento, como sí lo hace la norma antes citada en el supuesto de los arts. 13, 14 y 15. Ante esto, tenemos dos opciones: o aplicamos de forma analógica el art. 17 de la Ley N° 25.188 -sanción de nulidad absoluta- o nos remitimos al

régimen general de nulidades, previstos en la LPA, pudiendo elegir cualquiera de las sanciones allí previstas.

Esta segunda opción parece sin dudas la más razonable. En primer lugar, porque el legislador previó específicamente a qué conflictos de intereses quería asignarle una sanción grave, por lo cual no podemos interpretar que con su silencio, quiso sancionar de la misma forma, a toda la clase de conflictos de intereses; y en segundo lugar, porque pudo atribuirle una razón más bien práctica, cual es, que no parece tener mayor sentido proponer la nulidad absoluta de todos los actos dictados en conflicto de interés, situación que evaluaremos a continuación.

En suma, a mi criterio, lo más razonable y justo es diferenciar dos escenarios distintos según estemos ante los conflictos de intereses insertos en el capítulo V de la Ley N° 25.188; y otro distinto, si se trata de conflictos de intereses “genéricos”; es decir todos aquellos que puedan existir y que la leyes no les asignan una sanción en particular.

Sobre estos últimos, el régimen general de nulidades previstos en la LPA y en la jurisprudencia aplicable, son a mi modo de ver, la respuesta más acorde al dilema planteado.

Como adelanto de lo que será la conclusión de este análisis, propongo que, según estemos ante actos con elementos discrecionales o reglados, de ello, dependerá la graduación de la sanción a considerar, no debiendo adoptar un criterio terminante -tal vez, excesivamente riguroso-, como el que recepta la Ley de Ética Pública en su art. 17.

### **3. Análisis jurídico** [\[arriba\]](#)

Partiendo de la base sostenida en el anterior capítulo, analizaremos qué elementos del acto administrativo se encuentran lesionados y en qué medida -leve o grave-, lo que determinará su sanción; esto es, que el acto sea anulable o nulo de nulidad absoluta.

¿Vicios de la voluntad o vicio en la competencia? ¿O ninguno de los dos?

En cuanto a la competencia, a mi criterio, no es posible sostener que se encuentre viciada, en tanto la competencia es el elenco específico de poder asignado por el ordenamiento jurídico a los órganos y entes, que despliegan la función administrativa, para la satisfacción adecuada de los fines de interés público, queridos por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos.[3] Es decir, la competencia es asignada al órgano y no al funcionario, quien ostenta el ejercicio de esta competencia, por lo que un conflicto de interés no afecta la competencia material del funcionario, sino que una situación objetiva en particular (consanguinidad, acreedor/deudor, etc.) hace que el funcionario no pueda dictar el respectivo acto.

En cuanto al vicio de la voluntad, en mi opinión, sí se encuentra lesionada, aunque resulta sumamente difícil encuadrarlo en alguna de las categorías previstas en la LPA, que no son más que una recopilación de los vicios de la voluntad del derecho privado con algunas precisiones extras.

En este sentido, lo más cercano parece ser la idea del dolo del funcionario[4], aunque en parte, resulta difícil de sostener, puesto que el hecho que exista un conflicto de interés no determina concretamente, que haya existido dolo en el funcionario (del inexorable conocimiento del conflicto de interés, no podemos inferir la existencia de dolo), atento a que además, si reconocemos la existencia de dolo, probablemente, también estemos en presencia del tipo penal de negociaciones incompatibles. Por supuesto que en muchos casos, la existencia del dolo es posible, pero no cabe sostenerla para todos los casos.

En conclusión, las categorías clásicas no parecen encajar perfectamente en los vicios de la voluntad enumerados en la LPA, más allá de que el olfato nos indicaría que probablemente, la voluntad del funcionario se encuentra viciada o al menos, la ley presume objetivamente que así lo es.

Vicio en el procedimiento: en este caso, sí advierto un vicio en dicho elemento, en tanto ante la aparición de un conflicto de interés, se omite de forma palmaria, la realización del procedimiento de excusación/recusación, previstos en el art. 6 LPA.

Desviación de Poder: Agustín Gordillo afirma que existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una finalidad (ergo, psicológicamente o de acuerdo a lo que sugieren objetivamente las presunciones y datos que rodean el comportamiento administrativo) distinta de la perseguida por la ley. Puede o no ser una tortuosa finalidad personal y subjetiva del agente que expresa la voluntad administrativa, un vicio estrictamente subjetivo de su voluntad, o puede ser un acto que, sean cuales fueren las reales intenciones del agente, resulta objetivamente en un apartamiento de las finalidades tenidas en cuenta por la ley, al atribuir al órgano la facultad de dictar determinado acto.[5]

Con esta definición que nos da el prestigioso académico, el conflicto de interés parece poder encajar perfectamente, en tanto la Ley presume que ante el cumplimiento de alguna de las situaciones objetivas, el funcionario debe apartarse de tomar decisión alguna, por lo que se vulneraría la finalidad de la Ley, que es la de evitar que los funcionarios dicten actos, en los que pueda estar afectada su imparcialidad.

Nulidad absoluta o anulable

Aquí es donde el tema adquiere mayor relevancia. Tal como lo dijimos con anterioridad, la ley le asigna rigurosamente la sanción de nulidad absoluta a ciertos conflictos de intereses. Ahora bien, en este caso, que estamos ante conflictos de intereses genéricos, en donde no existe una solución reglada, se hace necesario determinar si los vicios en los elementos señalados resultan leves o graves; lo que implica lisa y llanamente en un caso, el deber de revocar en sede administrativa o solicitar su declaración judicial o la potestad (no el deber) de revocar, modificar, sustituir o sanear el acto regular anulable.

En este punto, resulta -a mi criterio- sumamente sano no adoptar un criterio riguroso, en torno a la configuración de conflictos de intereses. Una posición podría ser, como ya explicamos, aplicar analógicamente el criterio contenido en el art. 17 de la Ley N° 25.188, solución en mi opinión disvaliosa, por resultar en muchos casos, irrazonable -y quizás, por qué no, inconstitucional-. En este sentido, la interpretación que ha hecho la jurisprudencia y la doctrina sobre el sistema de nulidades de la LPA (arts. 14 y 15[6]) puede ser un parámetro aplicable, en tanto si

hiciéramos una aplicación estricta del art. 14, ciertos vicios solo admitirían la sanción de nulidad absoluta, interpretación que en la práctica, ha sido descartada, haciendo jugar dicha norma con el art. 15 de la misma Ley, siendo en definitiva, una cuestión de grados, cuando la lesión a los elementos del acto son graves o leves, dando así una sanción de nulidad absoluta o de anulabilidad respectivamente. En este orden, el art. 17 de la Ley N° 25.188, en tanto aplica rigurosamente la sanción de nulidad absoluta, también podría matizarse a la luz del art. 15 de la LPA.

En este punto, es de vital importancia determinar los elementos reglados o discrecionales del acto administrativo a dictar. Por ejemplo, si el acto tiene como objeto otorgar una licencia de conducir, donde se encuentran perfectamente reglados los pasos a seguir a partir del cumplimiento de ciertos requisitos objetivos -es decir, un acto con fuertes elementos reglados-, pero quien recibe dicha licencia es familiar directo del funcionario interviniente, si bien no se puede dudar que se encuentran viciados los elementos del acto administrativo que hemos explicado, si los vicios no llegaren a impedir la existencia de alguno de los elementos esenciales, tal como lo prescribe la regla general contenida en el art. 15 LPA, debemos considerar que el acto resulta anulable, en tanto si el funcionario no contaba con un conflicto de interés, nada hubiese cambiado en el resultado del acto administrativo dictado.

Por el contrario, si el funcionario debe adjudicar a un proveedor, que resulta ser un familiar, por el procedimiento de contratación directa por adjudicación simple por razones de emergencia[7], acto que cuenta con fuertes elementos discrecionales, en tanto no existe un procedimiento de contratación en donde se pueda presentar competidores[8], a diferencia de la Licitación Pública o la propia contratación directa por compulsión abreviada, hace que la configuración de un conflicto de interés resulte bastante más grave, en tanto si bien no sabemos concretamente, si hubiese variado o no el resultado del acto dictado -dado que es imposible conocer la real voluntad del funcionario-, hay elementos que permiten suponer que el conflicto de interés puede haber afectado en mayor parte, la imparcialidad del funcionario, por lo que en este caso, sería correcta la sanción de nulidad absoluta.

Cabe aclarar que a nivel nacional, en todo 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, se encuentra regulado bajo el Decreto N° 202/17, un procedimiento específico en casos de que el contratista declare un conflicto de interés con alguno de los funcionarios que menciona la norma, más a ciencia cierta, la norma no prevé qué sucede con los actos administrativos que no cumplan con tal procedimiento previsto (sí lo hace ante la omisión o falsedad de la declaración del proveedor), aunque en estos casos, se suma un vicio procedimental más, lo que puede tornar una lesión más grave sobre los elementos del acto.

#### **4. Proyecciones prácticas [\[arriba\]](#)**

Resultaría sumamente interesante que en un futuro, se regule de forma adecuada el proceder de la administración, en torno al dictado de actos administrativos viciados a partir de un conflicto de interés. No son pocas las veces que la administración oculta estos conflictos de interés, por las consecuencias negativas que puede tener para los particulares o para el interés público; en tanto, se

piensa, a mi criterio erróneamente, que deben revocarse sin más los actos administrativos dictados mediante este supuesto. Por otro lado, la regla contenida en el art. 17 de la Ley N° 25.188 resulta muchas veces demasiado estricta, no pudiendo ponderar las situaciones que hemos planteado a lo largo del presente trabajo.

## 5. Conclusiones [\[arriba\]](#)

La transparencia y la integridad de las decisiones de la Administración pública resultan fundamentales para tener instituciones sanas al servicio de la comunidad. En este punto, la cristalización de los conflictos de intereses resulta ser una herramienta vital para el control ciudadano de las decisiones públicas. Para ello, el derecho administrativo tiene que brindar herramientas efectivas sobre cómo proceder ante actos administrativos, dictados mediante estas situaciones particulares, que a partir de nuestra pobre cultura de integridad, son más frecuentes de lo que desearíamos.

De este modo, resulta vital diferenciar cuándo los actos administrativos dictados con un conflicto de interés, merecen la máxima sanción, es decir la nulidad absoluta, y cuándo no resulta necesario, puesto que se trata de actos con elementos reglados, que mal pueden cambiar la decisión. El hecho de contar con reglas claras es de vital importancia, en tanto resulta un incentivo eficaz para transparentar este tipo de situaciones, que en no pocas ocasiones, son ocultadas, por las dificultades prácticas que acarrea su nulidad absoluta.

En conclusión, se propone que ante el dictado de actos administrativos que configuran conflictos de intereses “genéricos”, la ponderación de la sanción sea efectuada, considerando los elementos reglados o discrecionales que presenta el dictado del acto: así, ante actos con fuertes elementos discrecionales, la solución será la nulidad absoluta, mientras que ante actos con fuertes elementos reglados, la solución será su anulabilidad. Por supuesto, en aquellas situaciones intermedias, la adopción de uno u otro criterio dependerá siempre del estudio del caso concreto con los elementos singulares que este pueda brindarnos, queriendo intentar mediante este trabajo, establecer al menos, un criterio posible a la hora de escoger una u otra sanción.

Por último, y para los supuestos previstos en los arts. 13, 14 y 15 de la Ley N° 25.188, si bien la literalidad de la norma funcionaria como un impedimento para adoptar una sanción distinta a la de la nulidad absoluta, los criterios aquí manifestados podrían ser útiles para la realización de una interpretación armónica de la norma, con las ventajas que señalamos a lo largo del trabajo.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1]. 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 este 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 inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto.

[2]. Art. 6.- Los funcionarios y empleados pueden ser recusados por las causales y en las oportunidades previstas en los arts. 17 y 18 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debiendo dar intervención al superior inmediato dentro de los DOS días. La intervención anterior del funcionario o empleado en el expediente no se considerará causal de recusación. Si el recusado admitiere la causal y esta fuere procedente, aquel le designará reemplazante. Caso contrario, resolverá dentro de los CINCO días; si se estimare necesario producir prueba, ese plazo podrá extenderse otro tanto. La excusación de los funcionarios y empleados se regirá por el art. 30 del Código arriba citado y será remitida de inmediato al superior jerárquico, quien resolverá sin sustanciación dentro de los CINCO días. Si aceptare la excusación, se nombrará reemplazante; si la desestimare devolverá las actuaciones al inferior para que prosiga interviniendo en el trámite. Las resoluciones que se dicten con motivo de los incidentes de recusación o excusación y las que los resuelvan serán irrecurribles.

[3].Conf. "El principio de competencia en el estado constitucional de derecho contemporáneo. Alcance y límites". Patricio M. E. Sammartino.

[4].Conf. Agustín Gordillo Tomo 3; El acto administrativo, Cap. IX-, IX-57 11.1.2. Dolo del funcionario. Ver en [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo9.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf).

[5].lb. IX-28 (El destacado me pertenece).

[6]. Art. 14.- El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos:

a) 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, ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta.

b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

Anulabilidad.

Art. 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.

[7]. Decreto N° 1030/16, art. 19.

[8]. Decreto N° 1030/16, art. 44 inc. d, quedan exceptuadas de la obligación de difusión en todas las etapas del procedimiento, las que se encuadren en el apartado 6 y de difusión de la convocatoria la de los apartados 5 -para los casos de emergencia-, y 8.