Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Buenos Aires, 15 de agosto de 2000.

NOTA DPPT Nº:

SEÑOR DIRECTOR:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al expediente de este Ministerio N° 125.028, en el que se analiza la situación del señor Secretario de Comunicaciones respecto de las disposiciones del régimen de inhabilidades establecido por la Ley Nº 25.188.

Se utilizará el término “conflicto de intereses” o “inhabilidad” para referirse a aquellos casos que se diferencian de otros supuestos abarcados por la misma ley bajo el término “incompatibilidad” y que se relacionan con la prohibición legal de desempeñar más de un cargo público o de percibir acumulativamente ciertas determinadas retribuciones.

En estos términos y en palabras de Máximo Zin, es necesario tener presente que los conflictos de intereses serían las “... prohibiciones establecidas por la administración para salvaguardar el principio de moralidad administrativa, o evitar que el interés particular afecte la realización del fin público a la que debe estar destinada la actividad del personal del Estado.” (Conf. Máximo Zin, Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Depalma, 1986, pag 8)

Teniendo en cuenta la extensión del presente trámite, se acompaña un índice para facilitar su lectura.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

1. Documentación obrante en el expediente Pagina 3
2. Descripción de la situación de hecho Página 4
3. Cuestión a resolver Página 6
4. Encuadre legal Página 7
5. Análisis del caso Página 10
6. la Competencia funcional directa Página 19
7. La cuestión de los conflictos de intereses Página 25
8. Opinión de esta Dirección acerca del alcance de la ley de ética de la función pública Página 31
9. Conclusión del análisis Página 37

1.- Documentación obrante en el expediente

Cabe referir brevemente a la documentación que obra en el expediente aludido precedentemente:

a) A fs. 2/12 obra glosada copia de la Declaración Jurada Patrimonial Integral del Dr. Henoch Domingo Aguiar.

b) Por medio de la nota DPPT Nº 785/00 (fs.13) se solicitó al funcionario aclarar ciertas cuestiones que surgían de los datos consignados en la mencionada declaración.

c) El funcionario requerido, remitió sendas notas con fecha 17 de mayo y 28 de junio en las que aclara quienes fueron los clientes a los que brindó asesoramiento profesional en el año anterior a su asunción en el cargo y detalla minuciosamente sus antecedentes tanto en materia académica como institucional.

d) En virtud de la información brindada por el Secretario en las mencionadas comunicaciones, se consideró necesario que el mismo ampliara la información suministrada. Los aspectos sobre los que esta Dirección requirió mayor detalle fueron puntualizados en la nota DPPT Nº 1155/00 de fecha 4 de julio del corriente (fs. 36/38).

e) El Secretario de Comunicaciones envió una nota fechada 17 de julio respondiendo a las consultas efectuadas y acompañó en copia una serie de documentos relacionados con las aludidas consultas, en especial sobre las actividades profesionales que desarrolló antes de asumir el cargo (fs. 39/238). Entre esos antecedentes pueden destacarse numerosas intervenciones en diarios de circulación nacional, tales como Clarín o La Nación y también artículos publicados en revistas tales como Mercado, Negocio, Apertura, Tres Puntos, Target e

Information Technology, entre un gran número de colaboraciones para medios gráficos.

2.- Descripción de la situación de hecho

A efectos de un adecuado análisis de la situación planteada corresponde, en primer término, describir las circunstancias del caso. En ese sentido resulta relevante puntualizar que:

a) El Dr. Henoch Aguiar fue designado Secretario de Comunicaciones en el ámbito del Ministerio de Infraestructura y Vivienda por el artículo 1º del Decreto Nº 27 del 13 de diciembre de 1999.

b) El funcionario acompañó su declaración jurada patrimonial integral, incluyendo la descripción de sus antecedentes laborales, en orden a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley Nº 25.188. En el punto V. de su currículo vitae "ACTIVIDAD PROFESIONAL PASADA" el funcionario detalla que ha asesorado a "carriers, prestadores de valor agregado, audiotexto, telefonía celular, datos, paging, teleinformática, web providers, televisión abierta, televisión por cable, radiodifusión sonora, titulares de señales de satélites, etc." en su carácter de socio titular de la firma Aguiar & Asociados.

c) En la ampliación de información enviada por el funcionario el 17 de mayo de 2000 el funcionario:

i.- expone que Aguiar & Asociados era la denominación de una sociedad de hecho que se disolvió al momento de asumir el cargo.

ii.- acompaña un listado de los clientes asesorados en el año anterior a su asunción al cargo. De un repaso de la lista acompañada surge que se encuentran enumeradas las que son, posiblemente, las más importantes empresas que desarrollan actividades relacionadas con las comunicaciones en nuestro país. Figuran allí:

TELEFÓNICA DE ARGENTINA

TELECOM

MOVICOM

SKYTEL ARGENTINA S.A.

IMPSAT S.A.

COMSAT ARGENTINA S.A.

COOPERATIVA TELEFÓNICA DE PINAMAR S.A.

AGEA S.A. (GRUPO CLARÍN)

MILICOM ARGENTINA

ELECTRONIC DATA SYSTEMS

DATAMARKET

EL SITIO ARGENTINA S.A.

d) Un aspecto fáctico que tiene un peso fundamental para el presente análisis es el de los cambios producidos en el rol estatal a partir de las transformaciones estructurales derivadas del llamado Proceso de Reforma del Estado.

Dentro de este proceso, la privatización de los servicios públicos como una de las políticas centrales generó un relevante cambio de la función del Estado en los aspectos relativos a ello. Así le corresponderá la protección de los derechos de la comunidad frente a los intereses privados de las empresas que explotan esas licencias.

En el campo de las telecomunicaciones, para cumplir con las funciones de contralor de los servicios privatizados, se creó la Comisión Nacional de Telecomunicaciones mediante el Decreto Nº 1185 del 22 de junio de 1990. Las funciones de esta Comisión pueden sintetizarse como la regulación, el control, fiscalización y verificación en materia de telecomunicaciones.

Luego de diversas modificaciones de las normas aplicables, se resolvió por Decreto Nº 80/97, la fusión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) con la Comisión Nacional de Correos y

Telégrafos (CNCT) en la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) que es la actual autoridad regulatoria en materia de comunicaciones.

e) En el ámbito de las telecomunicaciones, pues, tanto la Secretaría de Comunicaciones como la CNC mantienen relaciones con los prestadores de servicios y demás empresas del sector. Estas relaciones están determinadas por las respectivas normas que otorgan competencia a esas personas públicas.

3.- Cuestión a resolver

La cuestión central en el presente caso radica en discernir si dada la actual responsabilidad funcional del Dr. Aguiar y su actividad profesional – hoy extinguida - como asesor de empresas del sector, estamos frente al supuesto previsto por la Ley 25.188 bajo el apartado que regula las situaciones de conflicto de intereses.

Por iniciativa de esta Oficina, en actuación de oficio, se procedió al análisis de la declaración jurada patrimonial integral del Secretario de Comunicaciones, Dr. Henoch Aguiar, con el objeto de verificar que no existieran situaciones constitutivas de conflicto de intereses, en el marco de las normas de las que esta repartición resulta autoridad de aplicación.

En este sentido y en orden a las circunstancias del expediente, debe analizarse la naturaleza de la relación actual entre el Dr. Aguiar y aquellas empresas que requirieron sus servicios en calidad de asesor como parte de su actividad privada profesional en el año anterior a su asunción en el cargo.

4.- Encuadre legal

En primer término procede decidir si en el presente caso corresponde la intervención de esta Oficina, teniendo en cuenta a tal efecto las disposiciones legales pertinentes.

Esta área, es competente para entender en el presente caso, en función del artículo 1º de la Resolución del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos Nº 17/00, la cual confiere a la Oficina Anticorrupción la realización de las funciones asignadas a este Ministerio por el Decreto N° 164/99, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.188.

En cuanto a las normas a considerar para el encuadre del caso podemos reconocer, en principio, dos regímenes que podrían resultar aplicables:

a) Por un lado el régimen instituido por la ley Nº 25.188, de ética de la función pública, que contiene un capítulo dedicado específicamente a esta materia. Así el Capítulo V se titula Incompatibilidades y Conflicto de Intereses que abarca de los artículos 13 a 17 de dicha norma. El artículo 13 expresa:

***"Es incompatible con el ejercicio de la función a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar o, de cualquier forma prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades*."**

Por su parte, el artículo 15 establece:

"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."

b) Los artículos 24 y 25 de la Ley de Ministerios prevén un régimen específico de incompatibilidad para el desempeño de los cargos de ministros, secretarios y subsecretarios. En este sentido, se debe destacar que las incompatibilidades de la Ley Nº 25.188 se aplicarán sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función (Conf. art. 16 de la ley citada).El mencionado artículo 24 dice:

"Durante el desempeño de sus cargos los ministros, secretarios y subsecretarios deberán abstenerse de ejercer, con la sola excepción de la docencia, todo tipo de actividad comercial, negocio, empresa o profesión que directa o indirectamente tenga vinculaciones con los poderes, organismos o empresas nacionales, provinciales y municipales." (Conf. Decreto 438/92, B.O. 20-3-92; T.O., art. 24 de la Ley de Ministerios).

Tal como surge de su declaración de fecha 28 de junio, al momento de asumir el cargo de Secretario, el Dr. Aguiar habría dejado de realizar actividades como profesional independiente, ya que según sus dichos "Aguiar & Asociados era la denominación de una sociedad de hecho, que se disolvió automáticamente el 14 de diciembre de 1999, fecha en la que me incorporé a la función pública." Al efecto debe tenerse presente que tal requerimiento fue efectuado por Nota DPPT Nº 785/00, asignando a la respuesta brindada por el funcionario el carácter de declaración jurada.

Teniendo en cuenta que la Ley de Ministerios requiere que esas causales de conflicto se produzcan **durante el desempeño del cargo** y no habiendo indicios que situaciones de tal tipo se estén produciendo en este caso, no corresponde encuadrar el estudio del presente como un supuesto de

las inhabilidades establecidas por la Ley de Ministerios, dado que, en principio, no se encontrarían reunidos los extremos legales allí previstos.

De lo dicho, se infiere que el caso debe analizarse en función de lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de la Ley Nº 25.188.

Podemos adelantar aquí que, en orden a juzgar el caso a la luz de estas disposiciones, se requerirá un análisis minucioso de estos artículos con el objeto de definir los supuestos legales bajo los cuales un funcionario público se encuentra inmerso en una situación de conflicto de intereses.

En tal sentido, la redacción del aludido artículo 13 contiene una serie de aspectos que deben ser analizados en detalle:

a) La primera cuestión crítica se refiere al requisito de la *competencia funcional directa* exigida por la ley para que se constituya un conflicto de intereses. Para dilucidar este punto, es menester analizar la distribución de funciones y competencias establecidas para la Secretaría de Comunicaciones y para la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). Específicamente, en este campo nos encontramos con que la definición de *competencia funcional directa* carece de referencias legales que puedan citarse para su aplicación. Es decir, deberemos evaluar si nos encontramos frente a lo que la doctrina conoce como un *concepto jurídico indeterminado* y corresponderá pues analizar las consecuencias que se derivarían de tal circunstancia.
b) La segunda cuestión crítica se refiere, por un lado, a las posibles distinciones dentro del universo de actividades enunciadas en el artículo 13 de la ley 25.188, para analizar si a partir de tales distinciones existe en el caso concreto una situación objetiva de conflicto de intereses. Debe recordarse que tales actividades deben ser evaluadas a partir de sus especificidades y confrontadas con una teoría que permita distinguir entre el interés público y el interés particular que pudiera tener un

funcionario, de modo de poder demostrar o descartar si tal interés particular puede ser efectivamente beneficiado por sus decisiones.

En el orden enunciado se analizarán ambas cuestiones en las siguientes secciones.

5.- Análisis del caso

Cuestiones legales y funcionales de los organismos analizados

En materia de telecomunicaciones, se requiere analizar la relación entre la Secretaría de Comunicaciones y la Comisión Nacional de Comunicaciones, formada a partir de la fusión de las ex -Comisiones de Telecomunicaciones y de Correos y Telégrafos. Resulta necesario evaluar las funciones de cada una de estos organismos y la relación que ellas determinan respecto de las empresas del sector, entre las que se encuentran aquellas a las que asesorara el Dr. Henoch Aguiar.

Para analizar esa situación corresponde en primer término estudiar las características de la mencionada Comisión Nacional de Comunicaciones como ente de control o ente regulador de las actividades relacionadas con el tema de las comunicaciones, incluyendo entre ellas a las telecomunicaciones.

Los Entes Reguladores de los servicios públicos

Los entes reguladores nacen como consecuencia de la necesidad de regular y controlar las actividades transferidas a las empresas privadas como consecuencia de los procesos de privatización que se encararon en el marco de la Ley Nº 23.696, de reforma del Estado.

En ese sentido es necesario destacar la importancia de la función asignada a estos entes, ya que su misión esencial consiste en la protección de

los intereses de la comunidad que puedan resultar afectados por los prestadores de servicios públicos. Esto se resume en palabras de Gordillo quien afirma que estos entes representan "... la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente, que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios ..." (Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, XV-5, Editorial Macchi, tercera edición, 1995).

La recepción que el texto incorporado por la reforma constitucional hace de esta cuestión, muestra claramente cual es la función que nuestra máxima norma asigna a estos entes reguladores, a los que refiere como "organismos de control". Así el artículo 42 de la Constitución Nacional reza: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

Condición jurídica de los entes reguladores de servicios públicos

Con el objeto de enfocar nuestro análisis en las características de estos entes reguladores, y en especial la de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), resulta pertinente en primer término estudiar cual es su condición jurídica y que relaciones determina esa condición con el resto de la Administración Pública, con las empresas que actúan en su jurisdicción y con los usuarios de los servicios que controlan.

Con relación a la naturaleza jurídica de estos entes dice Cassagne: "Estos entes regulatorios, cuyos antecedentes se remontan al derecho estadounidense, han sido creados como personas administrativas con competencia especial y personalidad jurídica propia, sin perder por con ello la administración el ejercicio de los poderes de tutela ..." (Cassagne, Juan Carlos:

Los Nuevos Entes Regulatorios, Revista de Derecho Administrativo, año 5º, pag. 485).

En lo que respecta a su condición jurídica sigue diciendo Cassagne: "... la condición jurídica de estos entes es la propia de las entidades autárquicas, pues se trata de descentralizaciones jurídicas del Estado que participan de la naturaleza pública de éste, perteneciendo, en realidad, a su organización administrativa, pese a su personalidad diferenciada ..." y finaliza afirmando que "... los entes regulatorios constituyen entidades autárquicas que actúan en el marco de la organización administrativa del Estado, hallándose por tanto, sometidos al poder de tutela del Poder Ejecutivo ..." (Cassagne, op. cit. pag. 487).

Vale destacar que opina el Dr. Cassagne que en nada se diferencian respecto de la tutela jurídica del Poder Ejecutivo, los organismos creados por ley de los que han sido creados por decreto, ya que el Ejecutivo se encuentra facultado para el dictado de esos actos.

Por su parte, Fanelli Evans sostiene que entes como el ENARGAS, el ENRE o la CNT (hoy absorbida por la CNC) son "verdaderos" entes reguladores de servicios en orden a las funciones que les han sido asignadas y afirma con relación a la naturaleza de estos entes que "... el sistema que caracterizamos como norteamericano, se basa en la creación de entes autárquicos independientes de la Administración Central. Este es el modelo de contralor adoptado en nuestro país ..." (Fanelli Evans, Guillermo, La Reforma de la Constitución Nacional y los Entes Reguladores, La Ley, T. 1995 –A, pag. 1045), aún cuando reconoce que el caso de la ex –CNT está limitado por la creación del ente a través de un decreto.

Por su parte, Comadira sostiene que en el caso de la ex –CNT la asignación de recursos a través de la norma y la procedencia del recurso de alzada contra sus decisiones nos llevarían a concluir que estamos frente a una personalidad jurídico pública y continúa diciendo que "La categorización de los entes como entes autárquicos responde a las pautas señaladas por la doctrina

como indicativas de esa forma de configuración de la descentralización" (Comadira, Julio Rodolfo, Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores, El Derecho, T. 162, pag. 1139).

Finalmente, cabe mencionar también, lo sostenido por el Dr. Comadira respecto del alcance de la competencia de estos entes en el sentido de que los mismos tienen las facultades expresamente contempladas en las normas de asignación así como aquellas que se encuentran implícitas en ellas, debiendo utilizarse para definir ese concepto el principio de especialidad (Conf. Comadira, op. cit., pag. 1147). En similar sentido se expresa Cassagne (Conf. op. cit., pag. 487).

El alcance de la tutela administrativa

Cabe ahora considerar cuales son las consecuencias que se derivan de la caracterización de la Comisión Nacional de Comunicaciones como un organismo autárquico, respecto de la relación que se establece entre ésta y la Secretaría de Comunicaciones.

Para una definición genérica de *autarquía* podemos citar aquí lo dicho por Cassagne "La autarquía adopta pues, el contenido de la entidad autárquica e implica no sólo la facultad de auto-administrarse sino que reúne también otras condiciones: a) satisfacción de un fin estatal típicamente administrativo; b) administración de la entidad bajo un régimen integral de derecho público." (J.C. Cassagne, Derecho Administrativo, T. I, Editorial Abeledo-Perrot, tercera edición, 1991, pag. 315,)

En ese sentido los entes autárquicos no están sometidos al control jerárquico de la Administración Central sino que están alcanzados por lo que se conoce como control administrativo o tutela administrativa.

La diferencia entre control jerárquico y tutela administrativa puede resumirse, en palabras de Gordillo en que "... el poder jerárquico permite

controlar tanto la *legitimidad* (conformación con el ordenamiento jurídico) como la *oportunidad* (conveniencia, mérito) de la actuación del inferior; el contralor administrativo permite revisar únicamente la *legitimidad* de la acción del ente descentralizado ...” y que “... en caso de duda debe presumirse que el superior jerárquico *tiene* facultades sobre el órgano inferior; en el caso del control administrativo, en cambio, en caso de duda no se presume la atribución del sujeto controlante.” (Gordillo, Agustín, op.cit. Tomo I, XII-33)

Sobre este particular la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “... no existe vínculo jerárquico entre órganos centralizados y entes descentralizados, pues la jerarquía consiste en «una relación entre órganos internos de un ente administrativo». Los organismos autárquicos resultan supervisados por el Estado a través del control administrativo, pero no en virtud de una relación jerárquica.” (López Olaciregui, Martín, Doctrina sobre Entidades Autárquicas, Revista de Derecho Administrativo, Nº 5, pag. 565)

Resulta útil recordar lo planteado por Cassagne en referencia al control administrativo en el caso específico de las decisiones tomadas por entes regulatorios en el sentido de que “En las decisiones de naturaleza jurisdiccional el control que el poder ejecutivo puede ejercer sobre los entes se limita a los supuestos previstos en el art. 99 del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos (manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho) ...” (Cassagne, Juan Carlos, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, pag. 496)

Relación entre el ente regulador y la Secretaría de Comunicaciones

En función de lo dicho hasta aquí se considera relevante estudiar si el funcionario, tal como lo requiere la norma para considerar configurado un conflicto de intereses, tiene actualmente *competencia funcional directa*

respecto de aquellas empresas o sociedades a las que asesoró como actividad profesional privada.

Para empezar a esclarecer este problema habrá que plantearse cuestiones relacionadas tanto con las circunstancias fácticas del caso como con las categorías conceptuales que entran en juego al momento de definir los alcances de la disposición legal aplicable.

En el sentido indicado procede, en primer término, revisar las normas que disponen las competencias tanto de la Secretaría de Comunicaciones como de la Comisión Nacional de Comunicaciones con el objeto de tener concretamente delimitados los alcances de sus respectivos ámbitos de actuación.

Competencias de la Secretaría de Comunicaciones

El Decreto 20 del 13 de diciembre de 1999 determina las competencias de Secretarías y Subsecretarías correspondientes a las distintas jurisdicciones de la Administración Pública Nacional.

La Secretaría de Comunicaciones depende del Ministerio de Infraestructura y Vivienda y entre las funciones que le fueron asignadas por la norma aludida cabe destacar:

1) Entender en la elaboración, propuesta y ejecución de las políticas en materia de comunicaciones, supervisando su cumplimiento y proponiendo el marco regulatorio.
2) Coordinar y generar propuestas a aplicar en el ámbito de las telecomunicaciones.
3) Coordinar y supervisar la ejecución por parte del ente de control de las políticas a aplicar en el ámbito de las telecomunicaciones.
4) Ejercer las facultades de contralor respecto de aquellos entes u organismos de control de las áreas privatizadas o concesionadas.
5) Coordinar y desarrollar sistemas de protección de los derechos de los usuarios.

6) Ejercer las funciones de autoridad de aplicación de las leyes que regulan la actividad.
7) Asistir al Ministro de Infraestructura y Vivienda en lo vinculado a los regímenes tarifarios.
8) Elaborar los proyectos de normativa reglamentaria en materia de telecomunicaciones y dictar los reglamentos generales para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
9) Aprobar los pliegos de bases y condiciones para llamados a concurso y/o licitaciones para el otorgamiento de licencias de nuevos servicios de telecomunicaciones.
10) Entender en el otorgamiento y declaración de caducidad de las licencias de servicios de telecomunicaciones, excluidos los de radiodifusión, a las que no corresponda régimen de exclusividad.
11) Aprobar el cuadro de atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico.
12) Supervisar el accionar de la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Competencias de la Comisión Nacional de Comunicaciones (ex –CNT)

Por Decreto 1185/90 se creó la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) posteriormente por Decreto 80/97, se modificó la denominación por la de Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y adaptó ciertas competencias a la nueva situación.

La norma modificatoria disponía que la CNC funcionaría como organismo descentralizado de la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación. Teniendo en cuenta la modificación de las jurisdicciones por el Decreto Nº 20/99, la actual dependencia es de la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Infraestructura y Vivienda.

Entre las funciones asignadas a la Comisión se destacan:

1) Aplicar, interpretar y hacer cumplir los decretos y normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones.

2) Administrar el espectro radioeléctrico.
3) Asistir a la Secretaría de Comunicaciones en la actualización y elaboración de los Planes Técnicos Fundamentales de Telecomunicaciones en calidad mínima, compatibilidad e interconexión de redes y en el dictado de Reglamentos Generales de los servicios de telecomunicaciones.
4) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias.
5) Verificar el requisito de selección competitiva de proveedores
6) Resolver en sede administrativa los reclamos de los usuarios u otras partes interesadas
7) Percibir las tasas, derechos y aranceles en materia de comunicaciones
8) Aplicar las sanciones previstas en las licencias, autorizaciones o permisos

A continuación se analizan las misiones asignadas a estos entes.

De la revisión de las funciones transcriptas surge que, en principio, la Secretaría de Comunicaciones tiene cometidos que pueden ser agrupados en conjuntos razonablemente homogéneos.

Un primer grupo relacionado con la fijación de reglas generales en materia de comunicaciones (la mayoría de las funciones): fijar políticas para el sector (incluyendo los pasos de elaborar, proponer y ejecutar), coordinar y generar propuestas, ejercer funciones de autoridad de aplicación de las leyes que regulan la actividad, dictar reglamentos generales, generar políticas de protección de los derechos de los usuarios, etc.

Otro conjunto relativo a tareas de coordinación y supervisión sobre los entes de control de las áreas privatizadas.

La Secretaría tiene también otras funciones que son de asistencia al Ministro de Infraestructura y Vivienda como en la fijación de regímenes tarifarios, otorgamiento y caducidad de las licencias de servicios de telecomunicaciones, etc.

Finalmente, hay otras competencias como la aprobación de pliegos licitatorios y del cuadro de atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Por su parte las funciones de la Comisión Nacional de Comunicaciones están relacionadas con la actuación directa sobre el mercado de las telecomunicaciones: la CNC aplica, interpreta y controla el cumplimiento de las normas vigentes en materia de telecomunicaciones, administra el espectro radioeléctrico, previene conductas anticompetitivas o monopólicas, resuelve los reclamos administrativos, percibe las tasas, derechos y aranceles y aplica las sanciones previstas en las licencias, autorizaciones o permisos.

Del análisis de las funciones de ambos organismos puede concluirse que es la Comisión Nacional de Comunicaciones la que tiene el contacto inmediato con las empresas y toma las decisiones que afectan en forma más directa a las firmas que intervienen en el ámbito de las telecomunicaciones.

Por otra parte, surge que en algunas cuestiones, tales como la asignación y cancelación de licencias o la aprobación de pliegos licitatorios es la Secretaría de Comunicaciones la que tiene competencia primaria. En este aspecto sin embargo, cabe recordar lo manifestado al respecto por el funcionario en el descargo de fecha 27 de julio *"... aun en el caso (hasta ahora nunca ocurrido en la corta historia de las telecomunicaciones) en que deba cancelarse una licencia, esto no puede ocurrir si no se registran previamente infracciones graves, detectadas, intimadas y multadas por la CNC, de manera reiterada, para que el órgano de control eleve la solicitud de cancelación a la Secretaría ..."* y continúa luego *"En el caso de otorgamiento de licencias, que firma la Secretaría, todo el proceso de aprobación del expediente se realiza en la CNC, con el dictamen previo de las diferentes gerencias, de ingeniería, jurídica y económico financiera y elevación posterior del proyecto de resolución a la Secretaría por su Presidente ..."* (fs. 41).

Tales apreciaciones son consistentes con lo determinado por el Decreto 1185/90 en cuanto a la enunciación de funciones de la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Como se explicó in extenso en el punto 5.a., los entes reguladores de los servicios públicos son entes autárquicos y no tienen dependencia jerárquica de los entes de la Administración Central, correspondiendo solo la tutela o control administrativo sobre sus decisiones (es decir restringido al control de legalidad).

Tal como se advirtió al momento de analizar la normativa aplicable, jugará un rol crítico en la cuestión a decidir, la relación entre las competencias de los aludidos entes y la caracterización de la "*competencia funcional directa*".

6.- La *competencia funcional directa*

Los conceptos jurídicos indeterminados

Resulta conveniente recordar aquí que la ley de ética de la función pública exige, entre sus requisitos, la existencia de *competencia funcional directa* de un agente, para que éste se encuentre incurso en un conflicto de intereses.

A primera vista no es sencillo interpretar qué debe entenderse como *competencia funcional directa*, ya que constituye un concepto complejo que no posee una definición apriorística. Esto es, el concepto no ha sido definido en la mencionada ley Nº 25.188, así como tampoco es posible referir a otros textos legales para encontrar una precisión normativa al respecto.

En este sentido se requiere un esfuerzo de la jurisdicción competente para lograr que la aplicación de la disposición legal se realice en forma razonable. En virtud de revestir esta Oficina el rol de Autoridad de Aplicación de la Ley Nº 25.188, le cabe la responsabilidad de construir una

interpretación de las disposiciones de la ley que arroje soluciones compatibles con los fines que la misma ley persigue.

Los conceptos jurídicos indeterminados

Al momento de evaluar la normativa aplicable (punto 4.) se planteó la hipótesis de que la *competencia funcional directa*, constituyera un supuesto de *concepto jurídico indeterminado,* por lo que corresponde estudiar en forma breve las características de éstos a efectos de una mejor ilustración.

Para un primer acercamiento a esta problemática cabe recordar lo expuesto por García de Entrerría, "... procede recordar la diferencia entre discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados." Sigue diciendo el catedrático hispano que éstos son *conceptos jurídicos indeterminados* "... en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata." (García de Entrerría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Editorial Civitas, 1995, pag. 33)

Con relación a las condiciones de aplicación de esos conceptos el mismo autor sostiene "La ley no nos da la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia según la naturaleza del concepto ... debe ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión ... de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la Ley." (García de Entrerría, Eduardo, op.cit., pag. 35)

Similar posición adopta sobre la discreción la doctrina extranjera, tal como lo expresa en general Ronald Dworkin (Conf. "El Modelo de las Normas (i), en Tomando los Derechos en Serio, Planeta-Agostini, 1993) y Donald P. Warwick (Conf. The Ethics of Administrative Discretion, en *Pubic*

Duties: The Moral Obligation of Government Officials, Harvard University Press, 1981).

De lo expresado precedentemente y de las definiciones transcriptas podemos colegir que la *competencia funcional directa*, constituye un *concepto jurídico indeterminado*. Por ello, y en función del rol de Autoridad de Aplicación de la Ley Nº 25.188, corresponde en este caso a esta Oficina, construir el sentido de tal concepto a efectos de dar una justa solución al caso concreto.

Con relación a esto, podemos plantear como premisa inicial que la *competencia funcional directa* debe considerarse como aquella relación entre el funcionario y las empresas a las que asesoró antes de asumir función, tal que genere efectivamente un conflicto de intereses.

Para poder avanzar con el razonamiento sugerido en el párrafo anterior debemos dirigir nuestra atención a dos cuestiones, a saber, por un lado la caracterización de la competencia funcional y por el otro, el concepto de conflicto de intereses.

En la sección destinada a evaluar el concepto de conflictos de intereses, procederemos a desarrollar “in extenso” ciertos aspectos planteados por la doctrina local y extranjera relacionados con las cuestiones discutidas en este apartado.

Algunas precisiones en torno a los conceptos de competencia

Para comenzar con este análisis iremos de lo general a lo particular, identificando primero los conceptos genéricos de “competencia” para intentar hacer foco luego en mayores precisiones respecto de las calificantes de esa competencia: la “funcionalidad” y la “inmediatez”.

Al momento de definir competencia Gordillo expresa “... el concepto de competencia da la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: es su aptitud legal de obrar ...” (Gordillo, Agustín, op.cit., T. I, XII-9)

Por su parte Bielsa afirma sobre el particular “Entiéndese por competencia la esfera de atribuciones que cada órgano administrativo puede y debe “legalmente” ejercitar. Todo ejercicio de función importa una atribución, y la esfera de atribuciones se llama competencia” (Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, T. III, sexta edición, La Ley, 1964, pag. 13,) (en sentido similar se manifiestan Cassagne y Diez).

Partiendo de la idea de competencia como un conjunto de atribuciones corresponde ver ahora si la noción de *competencia funcional* introducida por la ley limita en alguna forma esa primer definición.

Si tomamos como referencia la clasificación tradicional de los tipos de competencia: por materia, por grado, por territorio y por alcance temporal, la idea de *competencia funcional* está relacionada con las dos primeras, la competencia por materia y la competencia por grado.

Sobre la competencia en razón de la materia dice Bielsa “... determínase por la clase de competencia que a cada órgano se asigna. Según el carácter de la actividad, ésta puede ser: a) de deliberación; b) consultiva ;c) de contralor d) de ejecución.” (Bielsa, op. cit., pag. 13). Por su parte Cassagne expresa “Su clasificación reposa en la sustancia o naturaleza del acto conforme al derecho objetivo ... que confiere una serie de atribuciones a los órganos y sujetos estatales para la realización de sus cometidos propios.” (Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, T.I, Editorial Abeledo-Perrot, año 1991, pag. 191), mientras que Diez sostiene “cada órgano debe tener fijada para el derecho objetivo una serie de funciones a desarrollar y, en tal mérito, ha de tener las correspondientes atribuciones que hagan posible su actuación.” (Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Segunda Edición, 1976, T. II, pag. 42).

En resumen podríamos concluir que la *competencia funcional* se refiere a la potestad del organismo o ente para el dictado de un determinado acto administrativo o para el ejercicio de una determinada función.

Teniendo en cuenta las previsiones de la ley de ética podemos concluir que esa competencia se refiere a la potestad o atribución legal para determinar la "contratación, obtención, gestión o control" (art. 13) de un beneficio, una concesión o una actividad.

Queda ahora por analizar qué extensión debe asignarse a la calificante "directa" en la formula "… *siempre que el cargo desempeñado tenga competencia funcional directa respecto de la contratación, obtención, gestión o control* …"

En primer término, vemos que corresponde referirla, en algún sentido, al nivel de proximidad de las competencias del funcionario respecto de los afectados por las decisiones que debe tomar.

En términos técnicos estamos hablando aquí de la competencia en función del grado, es decir la posición que el agente tiene en la estructura jerárquica del Estado y que tipo de funciones y actos puede o debe dictar en el ejercicio de su puesto. "El grado es así la posición que cada órgano tiene en la estructura jerárquica." (Cassagne, Juan Carlos, op.cit., T. I, pag. 191). Por su parte Diez sostiene que la competencia en función del grado "... está vinculada, como dijimos, al principio de jerarquía o competencia vertical." (Diez, op. cit., pag. 41)

Si en cambio enfocamos la cuestión desde el punto de vista de la autarquía o descentralización, las consecuencias prácticas de nuestro razonamiento se ven modificadas.

Así, Cassagne sostiene que "... en la descentralización hay una verdadera limitación a la responsabilidad del superior que queda restringida al campo de supervisión en que pueda ejercitarse un contralor normal y razonable sobre los actos del ente descentralizado ..." (Cassagne, *ibid*, pag. 204).

Resumiendo lo dicho hasta aquí, podemos observar que en la ley se ha optado por limitar los supuestos de conflicto de intereses a los casos en que hay máxima proximidad (responsabilidad funcional directa) entre el cargo

desempeñado y la actividad privada, tanto en lo referente a la materia de que trata como en lo que hace al grado.

Del carácter autárquico de la CNC se derivan las siguientes consecuencias:

a) Tiene el mayor grado de proximidad con las decisiones particulares que afectan a las empresas del sector.
b) Sus decisiones están fuera del alcance del control jerárquico de la Secretaría de Comunicaciones.

7. La cuestión del conflicto de interés

Interés público e interés privado

La teoría constitucional, señala que los gobiernos deben, en todos los casos, justificar la calidad de sus actos. Si éstos benefician con sus decisiones a grupos particulares, los funcionarios públicos deben prestar justificaciones y explicaciones pertinentes a cada caso (Conf. Cass Sunstein, A Republic of Reasons, pag. 17).

Los supuestos antes mencionados tienen fundamento en la noción republicana de la democracia. Según esta tradición el desempeño de las funciones públicas exige cuidadosa sujeción a la ley y entrega al servicio del bien público, por más de que ello implique el sacrificio de los intereses privados de los funcionarios.

En este orden de ideas, los gobiernos que se alinean en esta tradición disponen de normas y regulaciones que buscan garantizar el interés público.

A efectos de precisar las nociones hasta aquí mencionadas, conviene señalar que en el caso del "interés público", la definición de su contenido trae aparejada algunas ambigüedades puesto que históricamente el término ha sido utilizado en base a diversas definiciones.

En el proceso de reconstrucción de este concepto, se ha señalado que el interés público se refiere a la búsqueda de la promoción y protección del bien común. Resulta conveniente aclarar que los conceptos empleados por la legislación común, que contienen pautas y estándares de carácter valorativo y genérico – tales como "bien común"- deben ser comprendidos a la luz de los principios que animan la Constitución Nacional, tal como señaló el Dr. Petracchi en su voto del Fallo "Comunidad Homosexual Argentina c/ Inspección General de Justicia (CSJN, del 22.11.91, en JA 1992-I-226, considerando 19, pag. 267).

Este proceso de definición conceptual es común a la práctica legal y constitucional en particular, de donde surgen los primeros fundamentos de nuestras decisiones legales (Conf. Carlos Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.)

Según John Rawls, el bien común se entiende como aquellas condiciones generales que son en un sentido apropiado, equitativas para otorgar a todos la misma posibilidad para obtener beneficios (‘*certain general conditions that are in an appropiate sense equally to everyone’s advantage’. A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971 pag. 246). El interés público, así definido en términos de la búsqueda del bien común, no debe ser interpretado como aquello que los individuos “demandan”; tampoco como la suma de los bienes y servicios que requiere el público en general. Por el contrario, el interés público debe ser entendido como “la serie de condiciones y de resultados, que “mejoran” el bienestar de toda la sociedad” (Warwick, Donald P., *op. cit*., pag. 112).

Aun cuando la definición antes esbozada, no dota de contenido específico al término interés público, es dable establecer su significado en base a su antítesis. En este sentido puede afirmarse que no se está en la búsqueda de la promoción y de la protección del interés público allí cuando los funcionarios del Estado a través de sus decisiones mejoran la situación de ciertos grupos o personas y a sí mismos, dejando fuera del alcance de tal beneficio al resto de los ciudadanos.

En la medida que la búsqueda del interés público supone contemplar los intereses de toda la sociedad, la promoción y protección del mismo debe necesariamente responder o estar sujeta al principio de imparcialidad.

El principio de imparcialidad nace de la mano de la tradición del Estado de Derecho, con el propósito, por un lado, de evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones y, por otro, con el objeto de garantizar la promoción y protección del interés público. A tales efectos, este principio busca sortear el

riesgo de que los funcionarios públicos actúen en beneficio de su interés personal.

Teniendo en cuenta las precisiones conceptuales efectuadas, se desprenden para este caso concreto las siguientes consideraciones.

Los expedientes habituales de conflictos de intereses se refieren a funcionarios que tienen o ha tenido un vínculo con una empresa privada y a la eventualidad de que desde su cargo público tomen decisiones que favorezcan a esa organización, de manera tal que al hacerlo ese beneficio también los alcance de manera concreta y específica.

Resulta claro que analizar este caso bajo esta óptica, es consistente con la línea de resoluciones emitidas en casos precedentes, tales como aquellas recaídas en los expedientes Nº 124.463 (Ing. Nicolás V. Gallo), 125.026 (Lic. Débora A. Giorgi), entre otros.

Volviendo sobre las peculiaridades del presente asunto, cabe recordar que en su escrito de fecha 28 de junio del corriente (fs. 19/28), el Dr. Aguiar esgrime como argumento que durante su desempeño profesional ha conseguido un reconocido prestigio como experto independiente en materia de comunicaciones, hecho que estaría respaldado por su desempeño académico, como columnista en diversos medios de comunicación y como expositor en foros de la materia.

En ocasión de la respuesta ofrecida por el Dr. Aguiar el 17 de julio (fs. 39 y siguientes) acompañó profusa documentación que buscaría demostrar además su independencia de criterio.

Un punto de vista permite reconocer, como elemento de juicio, que el haber asesorado como profesional independiente a los principales actores en el ámbito de las telecomunicaciones, coloca a la persona en una situación de equidistancia respecto de los intereses en juego.

Si bien no es competencia de esta Dirección expedirse sobre la cuestión de la idoneidad – materia que corresponde al funcionario responsable de la designación - el argumento que del Dr. Aguiar es que su trayectoria y el

hecho de haber sido consultado permanentemente por empresas que tienen claros y conocidos intereses enfrentados, junto con su prestigio técnico y profesional, así como la prueba de haber tomado resoluciones en la función pública que afectan a sus antiguos clientes, permite introducir en la discusión el tema de la imparcialidad del funcionario al momento de tomar las decisiones.

Respecto del concepto de imparcialidad podemos citar lo dicho por L. Becker quien sostiene que “El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos que se refieren, respectivamente, a lo que llamaré la regla de los casos similares... «Casos similares deben ser tratados similarmente» ha sido llamada la regla de justicia, el principio general, el principio universalizador, y simplemente, la regla de los casos similares. Si un acto es correcto o incorrecto para una persona, debe ser correcto o incorrecto para todos aquellos que son similares en los aspectos relevantes.” (Becker, Lawrence, The Proper Bounds of Government Regulation, en Ethical Issues in Government, Temple University Press, 1981).

Esta argumentación, que a priori podría ser desechada a través de una interpretación literal de la ley, asume decisiva importancia si se tienen en consideración los objetivos perseguidos por la norma, en especial el de garantizar que los funcionarios no utilicen su cargo para favorecer a personas o empresas determinadas (e indirectamente conseguir un provecho ilegítimo para sí mismos). Por ello es que debe ser preocupación de la autoridad de aplicación, que la interpretación de la norma no genere situaciones que colisionen con los intereses por los que la norma vela.

Definición de conflicto de intereses

En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de conflicto de intereses allí cuando el interés personal del funcionario público colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña (Terry L.

Cooper, The Responsible Administrator, Kennicat Press Corporation, 1982, pag. 86). Los conflictos de intereses se producen cuando los funcionarios públicos tienen oportunidad de utilizar su poder para obtener una ganancia personal, independientemente de las demandas que pudiesen efectuar los actores privados. En ese sentido, estas situaciones constituyen un conflicto en la medida en que el interés particular se antepone al rol público (Cooper, *op. cit*., pag. 86).

La situación de conflicto de intereses pone de manifiesto "la ineludible tensión que existe entre el interés y la obligación, entre las inclinaciones que rigen en el ámbito de la vida privada y las obligaciones que demanda el desempeño del rol público (Tussman, en Cooper, *ibid*., pag. 86). Esta tensión deviene ineludible no solo por el predominio de la esfera individual– característico del mundo Occidental - sino también porque es inherente a la estructura y dinámica de la sociedad moderna.

La modernidad sitúa al individuo dentro de una red de complejas interacciones e interdependencias que constantemente imponen demandas de carácter colectivo. En este sentido, no es sorprendente, que aquellos individuos que desempeñan funciones dentro del ámbito público se vean expuestos a este tipo de situaciones, en las cuales se pone de manifiesto la tensión entre los intereses públicos y privados (Cooper, *ibid*, pag. 87).

En términos más específicos el conflicto de intereses puede ser definido como una situación en la que el funcionario público tiene suficiente interés personal o privado tal que, en base al mismo, el ejercicio de sus funciones se vea influenciado -o aparentemente influenciado- (Kenneth Kernaghan, en Cooper, *ibid*, pag. 90). Este autor identifica siete situaciones que entran dentro de esta definición: tráfico de influencias, transacciones financieras, desempeño de funciones fuera de la Administración Pública, futuros empleos, "contratos" con parientes y regalos, cohecho. Podría agregarse una octava situación, siguiendo a Beard y Horn (en Cooper, *ibid*, pag. 90) a saber: tráfico de información (utilización indebida de la información

del Estado). En lo que sigue, y en virtud del caso en cuestión, se profundizan algunas de las situaciones en las cuales se presentan conflicto de intereses.

El tráfico de influencias se refiere a las situaciones en las que el funcionario público intenta influenciar una decisión de gobierno a efectos de lograr un beneficio para terceros en cuyo caso también el funcionario involucrado obtiene indirectamente una recompensa. Esta situación incluye aquellas decisiones en las cuales a través de la emisión de políticas, el funcionario regula operaciones comerciales en las que está involucrado. En estos casos se está en una situación de conflicto de intereses dado que el agente público tiene altas probabilidades de obtener una ganancia significativa como resultado de su intención de influenciar las decisiones.

La utilización de la información en favor personal se refiere a los casos en los que los funcionarios del Estado, haciendo uso indebido de sus facultades, restringen el acceso a la información pública a efectos de obtener un beneficio personal. El conflicto de intereses, en este caso, surge en parte por la tensión que existe entre la publicidad de la información que el funcionario maneja y la arbitrariedad de restringir el acceso a dicha información para obtener un beneficio privado. Idéntico razonamiento se aplica en aquellos casos que la información que maneja el funcionario tiene por motivos debidamente fundados en la ley carácter de restringida y es requisito mantener su confidencialidad.

Las situaciones de conflicto de intereses en relación con las transacciones financieras se presentan allí cuando los funcionarios públicos tienen directa o indirectamente intereses financieros que entran en conflicto directo con las responsabilidades que debe desempeñar como funcionario del Estado. La situación de conflicto de intereses se presenta cuando el agente público tiene control directo sobre una decisión que le produce una ganancia personal significativa. Esta situación se diferencia de la del tráfico de información en tanto que el funcionario en cuestión efectivamente controla y tiene competencia sobre el resultado de la decisión.

Del análisis de las circunstancias fácticas del caso no surge que estemos frente a un conflicto de intereses. El principal motivo es que no está demostrado que exista una relación directa entre las decisiones actuales del Secretario de Comunicaciones y los beneficios que sus ex –clientes pudieran obtener como consecuencia de las mismas.

El mero sentido común, indica que cualquier decisión que tome un funcionario con el rango y jerarquía del caso bajo estudio, generará un beneficio para un sector y eventualmente un "perjuicio" para otros. Pero ello, justamente, constituye la esencia de la decisión pública. Todas las decisiones, por definición, afectan a ciertos sectores y benefician a otros. Suponer que son este tipo de decisiones las que se encuentran alcanzadas por la teoría de los conflictos de intereses es ignorar que por definición un funcionario público tiene como mandato tomar decisiones que afecten de manera positiva y negativa a distintos grupos de la sociedad. Es difícil imaginar, que se pudieran tomar desde el sector público decisiones sin tales características.

8. Opinión de esta Dirección acerca del alcance de la ley de ética de la función pública

Como se señaló en secciones precedentes, el objeto de la presente opinión es verificar si en el caso del Secretario de Comunicaciones nos encontramos ante una situación constitutiva de conflictos de intereses en el marco de las normas de las que esta repartición resulta autoridad de aplicación.

A través del desarrollo encarado en este dictamen hemos visto diferentes aspectos de la cuestión bajo análisis y trabajado sobre los puntos relevantes tanto de las previsiones legales como de las circunstancias particulares del presente expediente.

Como se señaló precedentemente, la distribución de competencias entre la Secretaría y la CNC genera significativas dudas

respecto de cual es el tipo de acto o situación en que el Dr. Aguiar actúa con *competencia funcional directa* respecto de las empresas que asesorara en el año anterior a su asunción al cargo.

Por otra parte, creemos que surge como rasgo esencial de este trámite, que no hay un hecho específico puesto a consideración de esta instancia.

Teniendo en cuenta ambas cuestiones, ¿Respecto de cuáles situaciones debemos juzgar en este caso la posibilidad de conflicto de intereses? En otros términos, ¿Cuáles son las situaciones a considerar para determinar si el funcionario tiene *oportunidad de utilizar sus facultades a efectos de obtener una ganancia personal, independientemente de las demandas que pudiesen efectuar los actores privados*?

Teniendo en cuenta las particularidades de la noción de *responsabilidad funcional directa* exigida por la ley, en el marco de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, corresponde ajustar el análisis del presente a las circunstancias fácticas puestas a estudio.

¿Podemos entonces verificar aquí la cercanía del funcionario respecto de las empresas a las que asesoró, sin tener determinados previamente los actos o funciones que deben ser juzgados?

La respuesta es negativa, por lo que concluiremos que no estamos aquí frente a un verdadero “caso” que pueda constituir una situación que pueda ser analizada a partir de las previsiones legales pertinentes.

Resta, definidas las cuestiones vinculadas a la *competencia funcional directa* – de manera que dicho supuesto no está presente en este caso concreto – y las de conflictos de interés – interpretada en el sentido que tal conflicto no aparece en el caso tal como se ha planteado –, establecer la opinión de esta Oficina respecto del alcance de la ley 25.188 a la situación planteada de manera de proponer una aplicación razonada de sus fines respecto de este caso.

La Ley 25.188 tiene como propósito regular lo que habitualmente se conoce como ética pública. Buena parte de la doctrina local y extranjera coincide en la dificultad de precisar con exactitud los alcances y límites de las disposiciones que contienen este tipo de ordenamiento normativo. En particular, este problema se manifiesta respecto de los preceptos que estarían en juego frente a situaciones similares a las que motiva el presente análisis.

El proceso seguido por nuestro país incluye la incorporación y ratificación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, mediante la Ley 24.759. Dicha Convención, en su artículo III, establece que los Estados Partes "... convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinados a crear, mantener y fortalecer: normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones"

Esta cuestión ha sido específicamente incorporada por la Ley 25.188, en su capítulo V, con las distinciones que oportunamente se han hecho respecto de las situaciones de incompatibilidad y las denominadas inhabilidades o conflictos de interés.

Desde el punto de vista conceptual, este asunto requiere de un enfoque constructivo a fin de otorgar a tales disposiciones una carácter razonable en el contexto de la ley y de los principios que la misma busca preservar.

Como se ha afirmado en la doctrina, una de las diferencias centrales entre los principios y las normas jurídicas es que éstas se aplican de manera disyuntiva, en tanto que aquellos son materia de evaluación dado su "peso" o importancia. A medida que profundizamos nuestro análisis sobre el derecho, reconocemos que en el proceso de razonamiento práctico de decidir el alcance con el cual aplicar la ley, intervienen principios que denominamos

jurídicos y cuya función completa nuestra visión del derecho (Conf. Ronald Dworkin, op. cit.)

En el caso de la legislación que nos ocupa, tales principios incluyen en particular la noción de supremacía del interés público sobre el privado y la publicidad de los actos de gobierno, en cuanto garantía republicana. A su vez, estos principios se articulan con la noción de que la administración pública debe ser un espacio para que las personas pongan sus mejores capacidades – idoneidad - al servicio del bien común, como se analizó oportunamente.

A pesar de la novedad legislativa, es posible reconocer que los principios mencionados no son ajenos a nuestra tradición democrática y republicana. Desde luego, tales principios no siempre se manifiestan de forma precisa frente a los casos concretos. Es habitual que existan diferencias de criterio acerca de la importancia de alguno de ellos frente a cada caso particular. Sin embargo, no deja de ser una tarea indelegable la de preguntarse ante tales situaciones qué significado tienen los principios en juego y qué importancia se le asigna a cada uno.

En dicho orden de cosas, el debate parlamentario que acompañó la sanción de la Ley 25.188 muestra una marcada tendencia a analizar el tema desde una visión negativa del comportamiento de los funcionarios. En tales discusiones prevaleció un enfoque según el cual la sospecha parecía una regla apropiada para la prevención de conductas indebidas. La lectura del debate de ambas Cámaras contiene diversas expresiones en tal sentido.

Una parte importante de la teoría política acompaña este enfoque y sugiere para el derecho una función de valla frente a los supuestos deseos naturales de las personas de hacer prevalecer en todos los casos el interés propio sobre el público.

Es necesario descontar la carga emotiva que tiene la cuestión planteada y establecer una noción que se sostenga en parámetros razonables

de la articulación normativa con los principios en juego frente al caso planteado.

Es interesante señalar, que cuando el mismo debate se inició hace más de 30 años en los Estados Unidos de América, se señaló que “las políticas de conflictos de intereses son medidas preventivas que se toman para evitar daños potenciales para el interés público”. Se señalaba la necesidad de evitar el uso de medidas coercitivas para evitar situaciones que no se habían producido. Dicho en otras palabras, evitar lo que Bayles Manning, asesor del Presidente Kennedy en esta materia, denominó “una orgía de la virtud donde, perdemos la noción de la decencia” (Conf. John P. Burke The Ethics of deregulation – or the Deregulation of Ethics, en Deregulating the Public Service, Can Government be Improved?, John J. Dilulio, Editor, The Brooking Institution, 1994).

Se señaló que “la mayor claridad de los principios subyacentes a las diversas normas referidas a la ética, no solo incluye la determinación de los valores éticos relevantes, sino además su incorporación a un esquema conceptual que tenga en consideración la realidad organizacional que rodea su implementación. Cualquiera sean los fundamentos éticos que se elijan, los mismos deben ser recortados a medida de su impacto en la efectividad del sector público a fin de alcanzar los fines de sus políticas públicas, el uso eficiente de sus recursos y su contribución al reclutamiento y mantenimiento de funcionarios de alta calidad” (John P. Burke, op. Cit., pag 76).

Una parte de este análisis se adelantó en la sección en la que se evaluó la cuestión referida a la responsabilidad funcional directa.

En el caso de la legislación de los Estados Unidos de América referida al tema de conflictos de intereses, de la cual nuestra normativa es en buena medida tributaria (ver Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Año VII, N° 1, febrero de 2000) existe la opinión de que –a pesar del nivel de desarrollo y complejidad – tales disposiciones “han fracasado debido a una falta de comprensión general acerca de cómo se desarrolló el sistema y debido al

desacuerdo acerca de qué constituye un conflicto de intereses prohibido bajo las actuales leyes" (Robert N. Roberts, White House Ethics, the History of the Politics of Conflict of Interest Regulation, Greenwood Press, 1988).

Es el objeto de esta opinión ofrecer una reconstrucción del concepto de conflictos de intereses que permita superar tales dificultades y que coloque al citado concepto en un plano teórico y operativo razonable.

El análisis de los conflictos de intereses comienza a ser una cuestión de tratamiento por parte de la administración a partir de que el Decreto 164/99 definió al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como autoridad de aplicación de la Ley 25.188, con facultades para dictar los reglamentos, instrucciones y dictámenes necesarios para su ejecución.

En tal sentido, las opiniones de esta Oficina, han tenido como premisa realizar una evaluación razonada de los distintos principios en juego frente a cada caso particular. Este enfoque se sustenta en las diferencias existentes en los antecedentes profesionales y, a su vez, las diferencias específicas de cada función.

Por ello, la estrategia seguida incluye: solicitar información al funcionario, evaluar las características del cargo que desempeña – en particular el alcance real de su actuación – y, en ciertos, casos requerir a particulares que detallen el contenido de las relaciones comerciales o laborales que hubieran mantenido con el actual funcionario.

En particular, y como se ha intentado en este caso, se ha avanzado en la definición de los conceptos jurídicos fundamentales que hacen a una interpretación razonable del texto legal. Tal el caso de la definición de conflicto de intereses y de *responsabilidad funcional directa*, entre otros.

9. Conclusión del análisis

Una primera conclusión respecto de este trámite es que parece poco razonable equiparar sin mayor análisis o evaluación las ocupaciones que describe el artículo 13 inciso a) de la ley 25.188.

El principal argumento es que las actividades de asesoramiento externo previo al acceso a la función pública no pueden constituir de manera automática el extremo requerido para la existencia de un conflicto de intereses. No es razonable imaginar que a partir de tal actividad se puedan preconstituir las condiciones para obtener un beneficio particular derivado de las decisiones que eventualmente podrían tomarse al momento de ocupar un cargo público.

En el presente caso, el beneficio o perjuicio que pudiera sufrir aquel que fue asesorado no se traslada al funcionario. Esta cuestión se analizó en extenso al evaluar el concepto de conflicto de intereses.

Por lo hasta aquí expuesto, es opinión de esta Dirección que el caso planteado no reúne los requisitos fácticos previstos por la norma y tampoco se condice con una interpretación razonable desde el plano conceptual de lo que significa un conflicto de intereses. Tampoco parece tratarse de una situación en la cual el funcionario tenga *competencia funcional directa* sobre la materia que podría eventualmente constituir un conflicto específico de intereses.

Ahora bien, forma parte de una obligación primaria de todo funcionario público el ser explícito acerca de los valores y las implicancias de las decisiones que toma. Se trata de una conexión con el principio de publicidad de los actos de gobierno como parte de la estructura democrática y republicana.

La obligación de publicidad de los actos de los funcionarios se basa en que la misma permite juzgar la ecuanimidad y objetividad de dicha

decisión. Una decisión que no tiene una explicación conlleva la presunción de ser una decisión arbitraria.

La publicidad de los actos es un requisito esencial para la legitimidad de los actos emanados de los órgano del Estado. Publicidad, en este contexto, significa que tales actos deben ser comunicados a la opinión pública, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de aquellos, de su contenido, de su gestación y de su concreción, para ejercer el control del poder que les compete.

No se puede concebir un régimen republicano en el cual este principio cardinal no sea respetado inexorablemente, ya que los derechos de participación y de control son inviables si no están acompañados de un eficaz derecho a la información (Conf. Ekmekdjian, Miguel Angel, Tratado de Derecho Cnstitucional, Tomo I, Depalma, 1993, pag. 151)

Existen, siguiendo al Profesor Bedau (The Government's Responsibility to Inform the Public, en *Ethical Issues in Government*, Temple University Press, 1981), tres principios de responsabilidad de los funcionarios de informar al público. Primero, el gobierno tiene la responsabilidad de informar al público acerca de las leyes que sanciona, incluyendo las regulaciones que promulga y los procesos judiciales que inicia. Asimismo los funcionarios tienen la responsabilidad de hacer públicas las deliberaciones que derivan en la formulación de políticas. Es exenta de publicación aquella información que, en principio, afecte de algún modo la seguridad nacional o la privacidad de los individuos. Segundo, el gobierno tiene la responsabilidad de no interferir con los esfuerzos que realice el público a efectos de informarse sobre las actividades vinculadas al establecimiento y cumplimiento de las normas (por ejemplo, actividades legislativas, audiencias regulatorias). Tercero, el gobierno tiene la responsabilidad de promover las artes y las ciencias, y especialmente la educación general a efectos de apoyar las aspiraciones cognitivas de todas las personas.

Para la tradición republicana, el área de “lo público” cobra marcada importancia puesto que allí es donde se exigen demandas de dedicación al interés público. En este sentido, quienes ejercen funciones públicas (hayan sido electos o no) deben desempeñarlas en pos de proteger y promover dicho interés. Por ello, con relación a las decisiones que afectan al público en general, los gobernantes deben dar explicaciones sobre sus decisiones y sus actos.

En orden a tales preceptos, es opinión de esta Dirección que el Secretario de Comunicaciones debería adoptar los mecanismos, prácticas y procedimientos que en la esfera de su competencia incrementen la efectiva publicidad de sus decisiones a fin de que en dicho proceso decisorio, aquellos que pudieran verse afectados por su accionar, cuenten con la garantía de acceso a la información que constituye uno de los pilares del sistema republicano y por ende de la supremacía de los intereses del público.

Específicamente, se sugiere la consideración de aquellos procedimientos administrativos que pongan a disposición de los ciudadanos, antes de su dictado, los proyectos de emisión, modificación o derogación de reglas de carácter general o de aquellas que, por algún motivo se considere pertinente, sometiéndolas al comentario de los sectores interesados y de los ciudadanos en general y considerando posteriormente las opiniones recibidas.

Finalmente, cabe señalar que de presentarse situaciones específicas que pudieran constituir conflictos de intereses, las mismas deberán ser comunicadas por el funcionario o quien tuviera conocimiento a esta Oficina para el pertinente análisis.

En virtud de lo expuesto se remiten la actuaciones a esa Dirección General de Asuntos Jurídicos a efectos de que se sirva tomar intervención al respecto.