

CONFLICTOS DE INTERESES SEGUNDA PARTE

Susana NoemiTomasi

Publicado en magatem.com.ar el 26 de abril del 2013

LEGISLACION VIGENTE:

- **Código Civil** Capítulo III, De las Obligaciones del mandatario:

Art. 1908: "El mandatario no ejecutará fielmente el mandato, si hubiese oposición entre sus intereses y los del mandante, y diese preferencia a los suyos."

- **Código Penal** Ley 11.179 Título XI Delitos contra la administración pública, en los Capítulos VI - Cohecho y tráfico de influencias, art. 256/256 bis, 257, 258/258 bis y 259, Capítulo VIII - Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, art. 265 a 268, Capítulo IX bis -Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, art. 268 (1,2 y 3), Capítulo X – Prevaricato, art. 268 a 272.

Art. 256. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

Art. 256 bis.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

Art. 257. - Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

Art. 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena

será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

Art. 258 bis.- Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Art. 259. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

Art. 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.
Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

Art. 266. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Art. 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

Art. 268. - Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Art. 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Art. 268 (2) — Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un

enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

Art. 268 (3) — Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

Art. 269. - Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

Art. 270. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

Art. 271. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

Art. 272. - La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

- **Ley 19550**, de Sociedades 5to. de las Asambleas de Accionistas, Actuación por mandatario:

Art. 239: “Los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas. No pueden ser mandatarios los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad.”

- **Ley de Ética Pública** nro. 25188 y normas complementarias, Capítulo V INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES, art. 13/17 se indica que

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 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;

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, durante TRES (3) años inmediatos posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.

Art. 15: En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas en el Artículo 13, deberá:

Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo.

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.

Art. 16: Estas incompatibilidades se aplicarán sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función.

Art. 17: Cuando los actos emitidos por los sujetos del artículo 1º 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, éste 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.

- **Ley 25.164: LEY MARCO DE REGULACION DE EMPLEO PUBLICO NACIONAL**, art. 24 Prohibiciones, se indica que:

“El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo:

- a) Patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones.
- b) Dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicio remunerados o no, personas de existencia visible o jurídica que gestionen o exploten concesiones o privilegios de administración en el orden nacional, provincial municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas.
- c) Recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración en orden nacional, provincial o municipal.
- d) Mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el ministerio, dependencia o entidad en el que se encuentre prestando servicios.
- e) Valerse directa o indirectamente de facultades o prerrogativas inherentes a sus funciones para fines ajenos a dicha función o para realizar proselitismo o acción política.
- f) Aceptar dádivas, obsequios u otros beneficios u obtener ventajas de cualquier índole con motivo u ocasión del desempeño de sus funciones.
- g) Representar, patrocinar a litigantes o intervenir en gestiones extrajudiciales contra la Administración Pública Nacional.
- h) Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- i) Hacer uso indebido o con fines particulares del patrimonio estatal”.

- **Ley N° 25.233**, Ley de Ministerios, crea en diciembre de 1999 la Oficina Anticorrupción, con el objeto de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, ejercer las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley N° 24.946. La Oficina Anticorrupción actúa en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

- **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.)** regula la cuestión de Conflicto de Intereses en el art. 30, en el que se indica que:

“Todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causas de recusación mencionadas en el artículo 17 deberá excusarse. Asimismo podrá hacerlo cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el juicio, fundadas en motivos graves de decoro o

delicadeza. No será nunca motivo de excusación el parentesco con otros funcionarios que intervengan en cumplimiento de sus deberes.

“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 ofensas inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto”.

Respecto a los peritos el art. 466 Causales, indica que:

“Son causales de recusación del perito las previstas respecto a los jueces”

- **Ley 19.549** de Procedimientos Administrativos, regula las recusaciones y excusaciones de los funcionarios y empleados públicos a través de su artículo 6°:

“Los funcionarios y empleados pueden ser recusados por las causales y en las oportunidades previstas en los artículos 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 ésta fuere procedente, aquél 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 registrará por el artículo 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”.

LEY N° 189/99, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su art. 11 determina que la recusación con expresión de causa.

JURISPRUDENCIA

- **CNCRIM. Y CORREC.- Sala IV.** Asistencia técnica de dos procesados por el mismo letrado. Incompatibilidad. Nulidad: procedencia. –O-----, Guillermo L. - 15479_4 - Bol. Int. de Jurisp. N° 1/2001, pág. 49., con la firma de los jueces Dres. Alfredo Barbarosch y Carlos Osvaldo Gerome, la sentencia dictamina que:

“Sin perjuicio de la falta de imputaciones recíprocas entre ellos, la incompatibilidad del abogado en la defensa de ambos también debe valorarse en función del conflicto de intereses de sus asistidos, que coloca a uno de los dos en situación de inferioridad con relación al otro. El peligro que ello suceda determina la nulidad de las actuaciones a partir de la aceptación del cargo por parte del letrado”.

- **CNCRIM. Y CORREC.- Sala V** - El abogado. Representación en juicio de partes contrapuestas. Perjuicio a una de las partes. Procesamiento. Confirmación. – C-----, Pablo - 22210_5 - 3/11/03 - con la firma de los jueces Dres. Navarro, Filozof. (Sec.: Collados Storni), la sentencia dictamina que:

“Si se atribuye al imputado, en su carácter de abogado, haber representado en un juicio laboral en forma simultánea a una sociedad anónima (asegurado) y a una compañía de seguros (aseguradora), pese a que dichas partes poseían intereses contrapuestos en el pleito, con el consiguiente perjuicio para la querellante, que resultó la única condenada por sentencia de segunda instancia al pago de la indemnización y toda vez que por no apelar la sentencia la empresa demandada perdió la oportunidad procesal de defender su interés, se encuentra configurado el perjuicio exigido por el tipo en base al detrimento generado al interés que le fuera confiado al excluirle la posibilidad procesal.

No obstante la relación procesal entre asegurado y aseguradora, en principio, no es un supuesto de contrapartes, si en el caso existió un conflicto de intereses concreto y ello era conocido por el incuso, se encuentra configurado el requisito de “partes contrarias”.

Por tanto, debe confirmarse el procesamiento decretado en orden al delito de prevaricato (art. 271 del C.P.)”.

- **CAMARA COMERCIAL SALA: D** –Código Civil art. 1908 Tema: Contrato de mandato- Liguria S.P.A. C/ Argos Argentina de Seguros S/ ordinario – Sentencia del 24/05/90, con la firma de los jueces Dres. Cuartero y Arecha, la sentencia dictamina que:

“1. Es procedente la auto contratación -o auto actuación o auto negociación, en términos genéricos-.

2. En hipótesis de conflicto de intereses, se da un "negocio jurídico claudicante", es decir, cuando el representado deudor sufra las consecuencias de que su representante haya preferido su propio interés, puede en tal caso hacer caer el acto mediante su anulación, pero, habiendo el representante actuado por representación convencional y voluntaria, el acto es anulable y de nulidad relativa, pues puede ser objeto de confirmación.

El C. Civil art. 1908 no prohíbe que el mandatario actúe cuando media oposición entre sus intereses y los del mandante: lo prohibido es que de preferencia a sus intereses propios”.

- **CAMARA COMERCIAL SALA: D** – Código Civil art. 1908 Tema: Ley de Sociedades art. 239 - Inchauspe, Arnaldo g. c/ Atar S.A. (criadero de semillas) s/ sumario – Sentencia del 19/09/90, con la firma de los jueces Dres. Cuartero y Alberti, la sentencia dictamina que:

“1. A los efectos de la representación en la asamblea, la prohibición legal para ser mandatarios (ls: 239) se extiende a los directores renunciantes que se hayan desempeñado durante el ejercicio o parte del mismo a considerar en ese acto asambleario, de otro modo, la previsión legal podría ser fácilmente soslayada, mediante el sencillo expediente de la renuncia poco antes de la asamblea.

2. El impedimento legal de la ls: 239 está establecido en favor de los mandantes con el fin de prevenir que el mandatario, en tanto director o ex-director, puede preferir sus propios intereses a los de su mandante.

3. La norma de la ls: 239 previene o trata de impedir, con más rigor que la del cciv: 1908, que se plantee la hipótesis misma de conflicto de intereses, siendo la finalidad de la misma la protección de los intereses del mandante, en el supuesto que el mandatario pueda estar influido por otros intereses que los del accionista a quien representa”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) Herramientas para la Transparencia en la Gestión, la Oficina Anticorrupción de la República Argentina.

(2) Oficina de Ética de las Naciones Unidas.

(3) Gran Enciclopedia de la Economía, <http://www.economia48.com/spa/d/agencia-teoria-de-la/agencia-teoria-de-la.htm>.

- (4) <http://www.scielo.org.ar/pdf/medba/v63n1/v63n1a20.pdf>.
- (5) Nattero, Patricio, Conflicto de Intereses, Disyuntivas entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, Oficina Anticorrupción, (2009).