

ES COPIA

RESISTENCIA, 31 de Julio de 2018.-

VISTO Y CONSIDERANDO:

Para emitir Dictamen en autos: " INSSSEP - ASESORIA LEGAL S/ CONSULTA INCOMPATIBILIDAD LEY Nº1128- A y 1341 - A", Expte. Nº 3504/18, originado en la presentación realizada por el Dr. Horacio Mansilla (Coordinador Asesoría Legal del InSSSeP) quien remite el Expte. Nº 535-241117-24438 " PRESIDENCIA INSSSEP S/CONSULTA A ASESORIA LEGAL" en trámite ante esa dependencia, solicitando consulta en el marco de la Ley de Ética y Transparencia en la Función Pública.

Se desprende de las actuaciones, la solicitud de dictamen efectuada por la Sra. Nancy Mariel Gersel, sobre si existiría"... supuesta incompatibilidad como Presidente del InSSSeP - función que ejerce desde el año 2015 - y su participación societaria en el "Centro de Educación Terapéutica Villa Angela - Sociedad de Hecho" el cual brinda cobertura de servicios asistenciales a los afiliados del organismo desde el año 2010, siendo su objeto: atender personas discapacitadas...mediante la implementación de actividades tendientes a alcanzar el máximo desarrollo posible de sus potencialidades...". " ..el que podrá brindar atención médica, apoyo familiar, actividades de integración, ocupacionales no productivas, equinoterapia.. y otras". "Que el mismo se encuentra incorporado como prestador de la Obra Social y se trata de la única institución con esas características disponible en la localidad de Villa Angela y su Anexo "La Rosa Azul" de la localidad de Charata".

Se toma intervención en el carácter solicitado, en el marco de las facultades otorgadas por la Ley 1341-A, Ética y Transparencia de la Función Pública, Art. 19: "*La Fiscalía de Investigaciones Administrativas será autoridad de aplicación de la presente y tendrá las siguientes funciones:... f) Asesorar y evacuar consultas, sin efecto vinculante, en la interpretación de situaciones comprendidas en la presente Ley*"; y Ley Nº 1128-A, Régimen de Incompatibilidad Provincial, - ART. 14: "*La Fiscalía de Investigaciones Administrativas deberá iniciar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si existe o no incompatibilidad ...*".

Analizada la cuestión, resulta procedente consignar en primer término que por Decreto 3566/77 - Régimen de Contrataciones de la Provincia - (vigente por Decreto Nº692/01), establece en el Art. 4.4 (modificado por Decreto Nº 1089/03) que, no podrán inscribirse en el registro de proveedores : "los empleados y funcionarios en actividad que desempeñen cargos a sueldo de la administración pública provincial...", el Art. 6.2 establece - con carácter de excepción, sin el requisito de inscripción en el registro de proveedores serán admitidas las ofertas formuladas por: ... k) servicios profesionales y trabajos especializados prestados o ejecutados en forma personal por el régimen de locación de obra, cuando el locador o prestador de los mismos no se halle organizado en forma de empresa... siempre que sean celebrados

ES COPIA

por jurisdicciones administrativas diferentes".

Asimismo La Ley N° 1128-A en el Art. ARTICULO 5° establece que: "*Los funcionarios y empleados de la Administración Pública no podrán formar parte del Directorio o comisiones directivas de empresas que tengan relación contractual con el Gobierno de la Provincia o municipalidades...*" y en el Art. 6° que "*El ejercicio de las profesiones liberales será compatible con el empleo o función a sueldo de la Provincia, las municipalidades y las empresas del Estado o en las que este sea parte, cuando no exista dedicación exclusiva o inhabilidades legales. Sin embargo el profesional, funcionario o empleado no podrá bajo ningún concepto: a) Prestar servicios, asesorar o representar a empresas que tengan contratos, convenios, obras u obligaciones para con la Provincia, las municipalidades, empresas o sociedades del Estado o en la que este sea parte...*"

Se aduce que el Centro de Educación Terapéutico Villa Angela ha sido constituido bajo la figura de una Sociedad de Hecho, que la Dirección de Educación Pública de Gestión Privada autorizó el funcionamiento pedagógico asignándole al establecimiento la sigla y número U.E.P. N° 159 bajo la modalidad de jornada simple. Se la describe a la institución como única en sus características y disponibilidad, por lo que no se puede privar a la Obra Social de brindar cobertura integral a los afiliados con discapacidad de Villa Angela y Charata, sosteniendo que las actividades docentes y terapéuticas están excluidas del régimen de incompatibilidad.

En relación a ello, resulta dable destacar, que la Constitución Provincial prescribe en el - Art. 67° in fine : "*Los empleados y funcionarios del Estado y sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado no podrán intervenir como oferentes, apoderados de los mismos o intermediarios, en las contrataciones a que se refiere este artículo, sin perjuicio de las nulidades y responsabilidades penales. La infracción a esta norma determinará sanciones expulsivas*", por lo que no está contemplada la excepción que se pretende, en lo que corresponde a la normativa local aplicable al caso en estudio.

Respecto a las prescripciones de la Ley N° 1341-A de Ética y Transparencia de la Función Pública establece: "que tiene por objetivos establecer las normas y pautas que rijan el desempeño de la función pública, en cumplimiento de los siguientes principios, deberes, prohibiciones e incompatibilidades (Art. 1°). En cuanto a sus alcances, la presente ley es aplicable, sin excepción, a todas las personas físicas que se desempeñen en la función pública en cargos electivos o no, en todos los niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, remunerada u honoraria en el sector público provincial -Ley 1092-A4787- como también a las personas que se desempeñen en las cooperativas concesionarias de servicios públicos o entidades legalmente constituidas, que administren fondos del Estado Provincial y en los Gobiernos Municipales (Art.3°).

ES COPIA

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

Asimismo corresponde destacar que en el caso del citado funcionario nacional, el organismo competente también se expresó en que : 1) por Resolución N° 2016-1-E-APN-OA#MJ recomendó al Sr. Ministro de Energía y Minería de la Nación que se desprenda de su participación societaria o adopte alguna medida patrimonial (tal como un fideicomiso ciego de administración y disposición) a fin de evitar las acciones que pudieran poner en riesgo la finalidad de la función pública (deber de prudencia..) 2) se le hizo saber al señor Ministro que en virtud de su relación laboral previa al inicio de su función pública en la empresa y su carácter de -por ese entonces- socio de la mencionada, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 25.188 debía abstenerse de tomar intervención en cuestiones particularmente relacionadas con las sociedades que integran el Grupo empresario (artículo 2º). 3) que a fin de hacer efectiva su excusación debía comunicar su decisión al señor Presidente, en su carácter de máxima autoridad de la Nación, a fin de que éste decida qué funcionario debía intervenir en su reemplazo..." 4) Y se recomendó al Ministro que adopte los mecanismos, prácticas y procedimientos que incrementen la efectiva publicidad y transparencia en la toma de decisiones de esa repartición, considerando, entre otras medidas, la aplicación de los mecanismos previstos en el Decreto 1172/03, en especial cuando se trate de la fijación de políticas generales para el sector al que pertenecen las empresas del Grupo Shell, dotando de mayor legitimidad sus actos y aventando toda sospecha de parcialidad."

El dictamen de la Oficina Anticorrupción de la Nación puede resultar fuente en tanto en el ámbito provincial pudiera existir lagunas o insuficiencia normativa. Pero, siendo que la normativa aplicable, correspondiente a la rama del derecho público y por tal, de carácter local, deviene de un andamiaje jurídico establecido por la Constitución Provincial y luego por las normas que la reglamentan, cabe entender la cuestión planteada en el escenario provincial y en el marco de competencias que el ordenamiento local prevé.

La Constitución Provincial del Chaco prescribe en su Cláusula Ética:-*Es condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética* (Art.11º) reglamentada por Ley 1341- A, y en el caso de marras específicamente el art. 1º inc. g). La situación que se analiza es claramente discordante con ésta normativa respecto del Funcionario Público dado que el deber de abstenerse de intervenir en situaciones que pudieran configurar un posible conflicto de interés, exige que no sea necesario que hubiera una concreta participación en la comisión del conflicto, sino que alcanza con que exista la posibilidad de que el conflicto se configure para que el funcionario no deba participar o intervenir de manera alguna.

Así pues, lo que la ética recomienda es que actuemos con

ES COPIA

A fin de dilucidar la cuestión en el marco de esta norma resulta pertinente consignar lo que prescribe su Art. 1º Inc. g) entre los principios, deberes, prohibiciones e incompatibilidades "*Abstenerse de intervenir en aquellas actividades, que puedan generar un conflicto de intereses con la función que desempeña o que constituyan causas de perjuicios para el Estado*".

Los conflictos de interés son aquellas situaciones en las que el juicio de un sujeto, en lo relacionado a un interés primario para él y la integridad de sus acciones, tienden a estar indebidamente influenciadas por un interés secundario, el cual frecuentemente es de tipo económico o personal. Es decir, una persona incurre en un conflicto de intereses cuando debiendo cumplir con lo debido, podría guiar sus decisiones o actuar en beneficio propio o de un tercero.

La finalidad que persigue la norma es *evitar* que los funcionarios actúen de manera parcial, motivados por sus intereses particulares o por los de terceros, a los que han estado vinculados antes de ejercer el cargo, y que las decisiones públicas o los procesos de adopción de decisiones públicas, dejen de ser completamente objetivos o pueden verse influidos; de esta manera, se previene que el interés particular entre en conflicto con el interés público.

El dictamen jurídico que emite la Coordinación de la Asesoría Legal del organismo previsional expone, basado en jurisprudencia administrativa, la situación del Ministerio de Energía de la Nación Ing. Juan José Aranguren, por su desempeño simultáneo como funcionario público y accionista de la empresa Shell, concluyendo que solo cabía exigir al funcionario, la abstención de intervenir respecto a la citada empresa en cuanto a las actividades de ejecución, fiscalización, contralor, y supervisión de Programas y Políticas específicas. En consecuencia, la fijación de políticas generales no generaría a priori conflicto de intereses - criterio adoptado por la Oficina Anticorrupción de la Nación.-

Sobre el denominados "conflictos de intereses" y no obstante lo expuesto, la Oficina Anticorrupción de la Nación ha dicho: "Pueden configurarse conflictos de intereses cuando el agente: Dirija, administre, represente, patrocine, asesore, o de cualquier otra forma, preste 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;- Sea proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones ; Reciba directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración en el orden nacional, provincial o municipal ; Mantenga vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el Ministerio, dependencia o entidad en la que se encuentre prestando servicios."

ES COPIA

criterio preventivo, y reconozcamos públicamente que una situación dada puede presentarnos un potencial conflicto de intereses y lo apropiado es abstenerse de actuar o intervenir ante tal situación.

Luego, además del art. 67 de la Constitución de la Provincia del Chaco, es aplicable el Decreto N°3566/77 y el Régimen General de Incompatibilidad Ley 1128- A.

Si bien se comparte lo expuesto por la Contaduría General de la Provincia, como órgano de aplicación de la Ley de Incompatibilidad 1128- A, respecto de que la Sr. Nancy Mariel Gersel "no se hallaría incurso en incompatibilidad en su calidad de integrante del Centro Terapéutico Villa Angela SH y como presidente del InSSSeP en tanto no registre intervenciones directas en cuestiones vinculadas con esa entidad...", cabe destacar. que la posición de la Contaduría General debe tomarse en el marco de la Ley 1128 -A, pero la misma ley en su Art. 14 expresa: "*La Fiscalía de Investigaciones Administrativas deberá iniciar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si existe o no incompatibilidad...*".

Siendo que, la situación de Conflicto de Interés está regulada por la Ley 1341- A de Ética Pública - como reglamentaria de la cláusula ética del art. 11 de la Constitución Provincial - establece en su Art. 19.- *que la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, será la autoridad de aplicación de la presente*."; y que tendrá como función " *f) asesorar y evacuar consultas, sin efecto vinculante, en la interpretación de situaciones comprendidas en la presente ley,*".

En consecuencia, podemos concluir que las normas sobre *conflictos de intereses* tienen como objeto proteger la imparcialidad en el ejercicio de la función, la igualdad de trato y la independencia de criterio; en cambio las de *incompatibilidades* es proteger el erario público frente al riesgo de ser materialmente y/o legalmente imposible que se cumpla con varias funciones al mismo tiempo, o la percepción de más de un emolumento a cargo del Estado.

"Los conceptos de incompatibilidades y de conflicto de intereses deben ser distinguidos, ya que la falta de una adecuada comprensión de cada uno de ellos puede acarrear confusión. A fin de poder abordar acabadamente el tratamiento de la problemática de los conflictos de intereses, intentaremos primero distinguirlos de las incompatibilidades. En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de conflicto de intereses cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña (L. Terry Cooper, *The Responsible Administrator*, Kennicat Press Corporation, 1982, pág. 86). Implica una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, es decir, éste tiene intereses personales que podrían influir negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades" (OCDE, *Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, 2003). L

ES COPIA

En ese marco es que esta FIA considera que respecto de la situación de Incompatibilidad, debe tenerse en cuenta lo establecido por el ya citado art. 5 de la Ley 1128-A, y en cuanto a la posible presencia de conflicto de intereses las disposiciones del art. 1 Inc., g de la Ley 1341-A.-

Respecto de la primera, la incompatibilidad quedará configurada ya que la norma prohíbe que los funcionarios sean parte de directorios de empresas que tengan contratos con el Estado, excepto que sean personas jurídicas sin fines de lucro, y/o en tal caso pueden vincularse con jurisdicciones distintas, como lo marca el precitado Dto. 3566, art. 4.4 d) y 6.2 k), y siempre que no se den conflictos de interés contemplados en la Ley de Etica.

En relación a de esta última, sin perjuicio de lo ya expuesto sobre el Conflicto de Interés, y ante las opiniones vertidas por la Contaduría General y la Asesoría Legal de InSSSeP, resulta oportuno destacar que la Ley 800-H (antes 4044), dice, Art. 1.-: "El Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos de la Provincia del Chaco es un organismo autárquico y funcionalmente autónomo de la administración pública provincial y municipal, y funcionará con autonomía presupuestaria e individualidad económico-financiera, observando las normas contables vigentes"; Art. 7.- "El gobierno y la administración del InSSSeP será ejercido por un (1) directorio integrado con arreglo a la presente ley: integrándose el directorio de la siguiente manera: Presidente: designado por el poder ejecutivo con acuerdo de la cámara de diputados; Vicepresidente: designado de la misma forma que el presidente...";- Miembros Oficiales Art. 8.- "El poder ejecutivo designará con acuerdo de la Cámara de Diputados, a los siguientes funcionarios: a) un (1) presidente; b) un (1) vicepresidente; c) un (1) síndico"; .

Requisitos para ser Directores; Art. 10.-: para ser miembro de directorio se requiere: a), ... c) no estar comprendido en ninguna de las inhabilidades o incompatibilidades establecidas en las leyes vigentes"; Art. 15.- : "Son deberes y facultades del directorio: a) reunirse por lo menos una vez por semana en forma ordinaria y todas las veces que fuere necesario en forma extraordinaria d) analizar los convenios ya existentes"; . Misiones y Funciones del Presidente Art. 16.-: "son deberes y facultades del presidente: a) Presidir el directorio".;

Por ello, a opinión de este organismo, resulta de difícil cumplimiento, que la figura del Presidente del InSSSeP pueda no vincularse o no involucrarse en la contratación en análisis, por lo que a juicio de esta FIA la situación resultaría: **1)** Incompatible por aplicación del Art. 5 de la Ley 1128- A y **2)** configuraría una situación de conflicto encuadrable en el art. 1 Inc. g) de la ley 1431- A, por lo que el funcionario debe abstenerse de intervenir.-

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, no escapa al suscripto el hecho de que la situación en que se halla este Centro

ES COPIA

Educacional Terapéutico, y la situación de salud en cuanto a la cobertura a los afiliados del organismo, exige al Estado la adopción de medidas, previsiones y precauciones necesarias para evitar que sus funcionarios no solo queden involucrados en situaciones inconciliables con las normas que rigen su desempeño sino que además y dada la particular condición de este establecimiento, pueden afectar el bien común de la sociedad, el Estado debería disponer de otra herramientas para dar la prestación requerida, sea de manera directa con los profesionales intervinientes que cumplen sus tareas en el establecimiento, o conviniendo con otras jurisdicciones como Desarrollo Social, Ministerio de Salud, u otros.

Así también, la presente evacuación de consulta -ley 1341 A, art. 19-, se da en el marco de competencias y funciones administrativas de la FIA, conforme a la normativa citada, y que ello no obsta buscar respuesta en el ámbito jurisdiccional, función que no corresponde a este organismo.

ES LA OPINIÓN que la Fiscalía de Investigaciones Administrativas emite en respuesta a las actuaciones remitidas en consulta. Por todo ello;

DICTAMINO:

- 1.- Tener por emitida OPINION en respuesta a la consulta formulada.-
- 2.- Hacer saber a la Presidencia del InSSSeP con copia del presente.
- 3.- Archívese, tomándose razón por Mesa de Entradas y Salidas.-

DICTAMEN Nº 022/18

