



**MAESTRIA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO GLOBAL**

**“El alcance de las incompatibilidades y
los conflictos de intereses del personal superior de las
sociedades del Estado. Su especial análisis en la
Provincia de Río Negro”.**

ALUMNO: MARIA LAURA SOLIVEREZ.

DIRECTOR: DR. LEONARDO MASSIMINO.

Veremos en este trabajo la incompatibilidad en la función y el conflicto de interés que podría presentarse con los directores de las Sociedades del Estado que, a su vez, desempeñan funciones en otro organismo estatal, cuya competencia abarca el control y/o fiscalización de la gestión de la sociedad estatal. Veremos también la ubicación dentro de la estructura gubernamental de las Sociedades del Estado, en especial, las Sociedades Anónimas con participación Estatal Mayoritaria y la condición de empleados públicos de los directivos de estas sociedades. Por otro lado, desarrollaremos la incidencia de los principios de ética, transparencia y derecho a la información en la actividad estatal. Finalmente, abordaremos el caso especial de los directores de la Empresa Hidrocarburífera Provincial (EDHIPSA); el órgano encargado de investigar a los funcionarios públicos que incumplen las normas de ética pública; la Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública y la necesidad de su reforma.

ÍNDICE

Introducción	pag.
Algunas consideraciones sobre la ética en la función pública.....	5
Capítulo 1: Organización Administrativa:	
1.1: Centralización y Descentralización.....	12
1.2: Las nuevas Sociedades del Estado.....	14
1.3: La empresa EDHIPSA: su ubicación en la estructura administrativa provincial.....	20
1.4: La condición jurídica del personal superior de las Sociedades del Estado.....	23
Capítulo 2: Las incompatibilidades en la función pública	
2.1: La finalidad de las incompatibilidades y el conflicto de intereses en la actividad administrativa.....	29
2.2: Hacia una definición amplia del conflicto de intereses.....	31
2.3: Dictámenes de la Procuración del Tesoro: su cambio de postura con el paso de los años.....	36
Capítulo 3: La normativa más destacada que rige la materia:	
.....	47
3.1: La Convención Interamericana contra la Corrupción.....	48
3.2: La Ley Nacional N° 25188 y el Decreto N° 8566/61.....	53
3.2.1.-Ley N° 19550 los artículos 248, 264 y 310.....	54
3.3: La normativa en la provincia de Río Negro:	
3.3.1: Ley L N° 3487 -Estatuto General y Básico para el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Río Negro-.....	57
3.3.2: Ley L N° 3550 Provincial de Ética e Idoneidad en la Función Pública.....	61
3.4.- Ley B N° 1829- El derecho a la información pública.....	66

Capítulo 4.- El caso especial de la empresa EDHIPSA	
4.1. Los directores de la Empresa EDHIPSA.....	74
4.2. El órgano encargado de investigar.....	84
Capítulo 5.- Conclusiones.....	94
Bibliografía.....	100
Anexo I: Entrevistas	104
Anexo II: Autorizaciones.....	126

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más cuestionados y objeto de numerosos reproches tanto en sede administrativa como judicial- es el que se presenta cuando un funcionario público se desempeña en más de un cargo en la Administración Pública Provincial. Este hecho ha originado denuncias penales e investigaciones, pudiendo citar como ejemplo, las realizadas por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas en autos caratulados “F.I.A. s/Investigación Pta. Incompatibilidad Laboral Profesionales Médicos” Expte. N° 2.202/07-2 y “F.I.A s/ Investigación Pta. Violación Ley N° 3550 Funcionario Ministerio de Producción- Secretaría de Hidrocarburos” Expte N° 2266/09-1.-

Este hecho no es exclusivo de la provincia de Río Negro, a tal efecto cabe mencionar una publicación en el Diario Río Negro de fecha 27 de septiembre de 2012 titulada “Pidieron informe por multiplicidad de cargos en la provincia de Neuquén” en donde se expresaba: *“El bloque Frente Grande - MUN le solicitó la información al ministro de coordinación de Gabinete, a través de un proyecto de resolución presentado en la Legislatura, al que adjuntaron una nómina de 21 funcionarios que ocupan más de un puesto en el Estado provincial o empresas con mayoría accionaria estatal”*.

Si bien la Constitución Provincial, en la Sección Normas Complementarias, artículo 2 expresa *“Queda prohibido acumular en una persona, dos o más empleos, aunque uno sea provincial y el otro u otros nacionales o municipales”*, el Poder Ejecutivo Provincial ha designado, en numerosas oportunidades, a ministros, secretarios o empleados jerárquicos como integrantes de los directorios de las sociedades del Estado.

Este dato pudo ser corroborado a través del Informe N° 184/12 de la Secretaría de Control de Empresas Públicas, donde indica que durante el período 2006-2011 se presentaron 3 casos de funcionarios públicos que se desempeñaban a su vez como directivos de empresas estatales. Los dos primeros, en la Empresa de Desarrollo Hidrocarburífera Provincial Sociedad Anónima (EDHIPSA) en donde su presidente y vicepresidente se desempeñaban al mismo tiempo como funcionarios políticos en el Poder Ejecutivo y el tercer caso en la Empresa Tren Patagónico S.E., en donde el presidente ejercía a su vez el cargo de intendente de la localidad de Valcheta.

El objeto del presente estudio se encuadrará indiscutiblemente, como perteneciente al ámbito del Derecho Administrativo. Así, iremos viendo durante el desarrollo

del mismo que se encuentran comprendidas diversas áreas temáticas, tales como el empleo público, la organización administrativa, la ética pública, la transparencia en la gestión, los conflictos de intereses, la corrupción etc. Pero de todos ellos, se destaca -por la trascendencia que ha adquirido en los últimos tiempos, tanto desde lo institucional como social- el tema relacionado a las incompatibilidades y conflicto de intereses de los agentes y/o funcionarios públicos que se desempeñan de manera simultánea en dos funciones públicas.

La cuestión relativa a las incompatibilidades de los funcionarios públicos, está íntimamente relacionada con la ética pública, ya que ésta recepta una serie de principios que son aplicables a las conductas de aquellos que desempeñan una función pública, o que de algún modo se vinculan con ella. Entre esos principios, se encuentra específicamente, la cuestión relativa a las incompatibilidades y al conflicto de intereses¹.

Es innegable hoy, que lo relativo al afianzamiento de la ética en el sector público y el control de la corrupción, suele ser un objetivo de todos los gobiernos. Cuando hablamos de ‘corrupción’ estamos refiriéndonos a la utilización del poder público en beneficio privado y toda vez que el poder se instrumenta en alguna medida a través de la Administración, estamos hablando de un problema ético de la Administración y dentro de ese problema ‘como encaramos el empleo público’, es un dato esencial.

Por ello la ética y la corrupción en la Administración suelen ser examinados a la luz de diversas disciplinas, como la filosofía, la sociología, la economía etc., pero en lo que atañe al derecho se han ido forjando respuestas genéricas, como por ejemplo, las separación de poderes o la instauración de un procedimiento administrativo adecuado, habiéndose intensificado, en los últimos años, en la búsqueda de soluciones más modernas a una problemática de origen inmemorial².

Desde el comienzo de la civilización ha existido preocupación sobre la conducta ética que debían tener los servidores públicos, como así también de sus actos de corrupción, habiéndose establecido ciertos estándares de conducta, prueba de ello son el Código de Hammurabi, La Ley de Moisés, la Ley de Atenea, la Ley Romana y los principios chinos basados en las enseñanzas de Confucio. Sobre la base del análisis de todas ellas -las cuales coinciden en su contenido- han sostenido la existencia de principios universales comunes regulatorios de la conducta deseable de aquellas personas que forman parte de la

¹Comadira Julio Pablo-Nielsen Federico, (2004), “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el Derecho Administrativo Argentino”, en www.reforma-politica.com.ar.

²Caputti María Claudia, (2000), *La Ética Pública*, Cap. I, Depalma, Bs. As., pag. 2.

organización estatal, tales como la rectitud, justicia y equidad, que incluye lo relativo al régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses³.

Hoy en día podemos encontrar normativa relacionada a esta temática en la mayoría de los países del mundo. En algunos casos, estas regulaciones tienen raigambre constitucional. Vemos también que la doctrina internacional y nacional ha escrito cientos de trabajos que indican un horizonte en este tema, como también la jurisprudencia, ha centrado su atención sobre los modos y procedimientos de control del accionar administrativo, mediante la exigencia de estándares éticos y normas de conductas destinadas a los funcionarios públicos, habiéndose creado, en algunos lugares, organismos especializados para controlar el cumplimiento de aquellos.

Nuestro país no se mantuvo ajeno a esta tendencia, la reforma constitucional de 1994 introdujo novedades en materia de control público, ya sea consagrando nuevas figuras, otorgando jerarquía constitucional a organismos preexistentes o remozando y perfeccionando instituciones. Esta reforma intentó reforzar la presencia de organismos con funciones de control, con caracteres propios y competencias distintas, pero animados en un fin similar *hacer la gestión de los funcionarios del Estado más eficaz, eficiente y transparente*. Así, a partir de la Constitución del 94, el Defensor del Pueblo constituye un medio de control de la administración pública por actos u omisiones de ésta, que puedan afectar derechos e intereses de los ciudadano y de la comunidad, el Consejo de la Magistratura tendiente a afianzar la independencia del poder judicial; el artículo 36 establece la cláusula ética, que intenta prevenir conductas delictivas de los funcionarios públicos y en la última parte de la norma ordena al Congreso Nacional la sanción de una ley de ética pública, mandato cumplido, mediante la Ley N° 25.188.-

A partir de allí se pudo observar una interesante y fecunda producción normativa, como por ejemplo: el Decreto N° 152/97 que creó la Oficina Nacional de Ética Pública; Decreto N° 878/97 que creó el Consejo Asesor de la Ética Pública; el Decreto N° 41/99 que aprobó el Código de Ética de la Función Pública, etc.

Por su parte, en el ámbito internacional también existe normativa que regula sobre la ética, la transparencia, las incompatibilidades y el conflicto de intereses en la actividad estatal, las cuales fueron receptadas en nuestro país, a través de la Ley N° 24.759

³ Rodríguez- Arana Muñoz Jaime, (1993), *Principios de la ética pública- corrupción o servicio*, Montecorvo, Madrid, pag. 14.

que aprobó la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC); la Ley N° 26.097 aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Ley 25.319 aprobó la Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales.

Por el contrario, del análisis efectuado en el ordenamiento jurídico de la provincia de Río Negro, se desprende que existe muy poca normativa que abarque el tema de estudio. Sólo podemos citar la Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad de la Función Pública, norma que fija algunas pautas de ética en el ejercicio de la función pública para todos aquellos que desempeñen cargos en el Estado Provincial y la Ley L N° 3487 que aprobó el Estatuto General y Básico para el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Río Negro, estableciendo entre los deberes y prohibiciones de los agentes públicos, supuestos de incompatibilidades y conflicto de intereses (arts. 23 a 25).

Cabe manifestar que en el año 2013 fue presentado en la legislatura provincial un nuevo proyecto de ley de Ética Pública con la finalidad de aumentar la transparencia pública de los bienes y actividades de los funcionarios, jueces y legisladores provinciales. Lo principal de este proyecto es que propone publicar las declaraciones juradas de todos los funcionarios que desempeñan funciones públicas, en el sitio web del órgano de control (Tribunal de Cuentas) y en caso de incumplimiento se podría llegar a la destitución⁴. Sin embargo, hasta la fecha dicha ley no fue sancionada.

Las incompatibilidades de los funcionarios públicos, y en especial, los conflictos de intereses constituyen una de las materias más interesantes pero a la vez más difíciles de interpretar y resolver. Ello debido, a que, si bien se ha regulado sobre el tema, en ocasiones se trata de situaciones ambiguas, cruzadas por diversos preceptos legales o situadas en una delgada línea gris que dificulta decidir en un sentido u otro, debiendo agregar a esto, que no siempre los funcionarios políticos están dispuestos a resolver la cuestión dando un paso al costado a fin de evitar la incompatibilidad.

Esta preocupación por el correcto funcionamiento de la función pública fue expresada por el Comité de Expertos de Mecanismos de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) al

⁴ El bloque legislativo Eva Perón fundamenta la iniciativa en los magros resultados de la Ley 3550. Esta propuesta –entienden– servirá para “controlar la corrupción” y resulta “trascendental para el crecimiento de las instituciones públicas” (Diario Río Negro 11/04/2013).

recomendar la obligación del Estado en *“Fortalecer la implementación de leyes y sistemas reglamentarios con respecto a los conflictos de intereses, de modo que se apliquen a todos los funcionarios y empleados del gobierno y que permitan la aplicación práctica y efectiva de un sistema de ética pública. Asegurar la aplicación de la Ley N° 25188 para todos los empleados y funcionarios del gobierno, incluyendo a los Poderes Legislativo y Judicial así como a los de la Procuración General”*⁵.

En la actualidad ante las reiteradas denuncias por corrupción que involucran a funcionarios públicos, es un deber del Estado asegurar que quienes se desempeñen en la función pública, actúen de manera ética y transparente, exigiéndoles la publicidad de sus actos de gobierno. También ante hechos sospechosos se debe adoptar todas las medidas que resulten necesarias para 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.

Teniendo en cuenta dichos principios, toda persona que decida ejercer un cargo público, debe tener presente que hoy la ciudadanía reclama que la dirigencia se desempeñe con valores éticos y morales. Esto no es nuevo, ya el Dr. Marienhoff en su obra, indica que, dentro de los requisitos para ingresar en la Administración Pública, junto con la idoneidad, se encuentra la moral. En tal sentido, no pueden ser funcionarios públicos quienes carezcan de moral o se hallen afectados por tachas éticas⁶.

Por su parte nuestro máximo Tribunal de Justicia sostuvo *“Es de la esencia que todos los funcionarios públicos se desempeñen según normas obligatorias que rijan su conducta y que respondan por las consecuencias de sus actos u omisiones, porque ejercen la función en nombre del pueblo, fuente exclusiva de soberanía”*⁷.

En virtud de las consideraciones expuestas, es que resulta de interés analizar si existe incompatibilidad o conflictos de intereses cuando los directores de las empresas o sociedades del Estado ejercen, a su vez, otro cargo en la Administración Pública, centralizada o descentralizada, y las funciones que desarrollan en dicho organismo, están relacionados con la actividad o servicio que presta la sociedad.

⁵Comité de Expertos de Seguimiento de la implementación de la CICC: Informe sobre la implementación en la Argentina de las Disposiciones de la Convención, Washington 13/02/2003, pag. 26, en www.consejo.gov.ar.

⁶Marienhoff Miguel, (1970), *Tratado de Derecho Administrativo*, T° III-B, pág. 127.

⁷ STJRN, “Sanchez Francisco R. s/Peculado de Servicios-Incumplimientos de los Deberes de Funcionario Público s/Recurso de Casación”, S.E 27/08/12.

Sin desconocer las diversas formas empresariales propias del derecho privado que el Estado utiliza para desarrollar actividades con fines empresariales, industriales y comerciales, en este trabajo utilizaremos indistintamente los términos Sociedades del Estado y/o SAPEM.

El presente trabajo analizará a través de la metodología de estudio de casos, al que denominaré “Empresa EDHIPSA período 2006 a 2011”, la posible existencia de conflicto de intereses al desempeñarse como directivos de una sociedad anónima provincial y ejercer al mismo tiempo los cargos de Secretario de Control de Empresas Públicas y de Secretario de Minería e Hidrocarburos de la Provincia.

Lo que se cuestionó en el presente caso, fue la designación de Directivos de una empresa estatal a funcionarios que tenían funciones de supervisión y control sobre la gestión de la empresa. Dicho cuestionamiento se vio acrecentado durante los años 2006 y 2007 debido a que la provincia de Río Negro llamó a Concurso Público Nacional e Internacional destinado a la selección de empresas petroleras para el otorgamiento de permisos de exploración y eventual explotación de hidrocarburos en la provincia. Este procedimiento derivó en la suscripción por parte de la provincia y las empresas que resultaron adjudicatarias de contratos millonarios.

Para determinar si existe incompatibilidad o conflicto de interés por ejercer de manera simultánea, el cargo de director de una sociedad del Estado y el cargo de ministro, secretario o subsecretario de un organismo, debemos saber dónde se encuentran ubicadas las Sociedades del Estado dentro de la estructura estatal y si sus directivos revisten la condición de empleados públicos.

Este tema resulta de sumo interés puesto que, hay quienes sostienen que las contrataciones públicas presentan importantes oportunidades de negocios, lo que las hace más vulnerables a la falta de transparencia, sobre todo aquellas vinculadas a los sectores energéticos, explotación de recursos naturales, obras públicas y compra de armamentos, siendo identificadas éstas, como algunas de las más riesgosas⁸.

Para ello se hará una breve reseña de la normativa nacional e internacional que regula esta materia, se observarán los cambios de criterios que tuvo la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir de la reforma constitucional de 1994 (sobre las incompatibilidades de los empleados públicos) y se analizarán las Leyes Provinciales N° 3487 y N° 3550 (que

⁸Rejtman Farah Mario, (2010), *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Abeledo Perrot, Bs. As., pag. 124.

aprueba el Estatuto del Personal de la Administración Pública Provincial y de Ética e Idoneidad de la Función Pública).

El estudio de dicha normativa me permitirá concluir que existe conflicto de intereses cuando un funcionario jerárquico de un organismo estatal es designado, a su vez, como directivo de una sociedad del Estado y el ente del que forma parte tiene competencia para controlar, fiscalizar y sancionar a dicha sociedad.

Arriba a esa conclusión por dos razones, la primera debido a que las SAPEM tienen por objeto realizar actividades comerciales y/o industriales, compitiendo en el mercado con otras empresas, en función de ello, el organismo (funcionario) que debe resolver una contratación o sancionar un incumplimiento de una sociedad de la cual forma parte, va ver cuestionada su imparcialidad e independencia, violentando con dicha conducta los principios de igualdad, equidad y transparencia que debe regir en toda actividad administrativa.

Y la segunda, sí tenemos en cuenta que el objetivo de las incompatibilidades es ordenar el mercado laboral y al mismo tiempo garantizar que quien se desempeña en un cargo público lo haga de manera responsable y eficiente, dedicando el mayor esfuerzo y tiempo a la función pública, resulta a todas luces que el ejercicio de ambas funciones aparece como contraria a la normativa vigente.

Por las consideraciones expuestas, considero que para poder garantizar una mayor transparencia en la actividad pública, evitar supuestos de conflicto de intereses de funcionarios públicos y tener acceso a la información de la gestión de gobierno y del patrimonio de los servidores públicos, es necesario modificar la Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública, proponiendo en este trabajo las modificación de algunos artículos que permitirán lograr el objetivo propuesto.-

CAPITULO I

1.- Organización Administrativa

Sabemos que el Estado -en su carácter de persona jurídica- actúa a través de sus órganos y entes para realizar sus funciones específicas. Para el cumplimiento de las funciones administrativas asume distintas formas de organización: centralización, descentralización y desconcentración.

Entendemos por organización administrativa el conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, las relaciones jerárquicas, la situación jurídica, las formas de actuación y de control de los órganos y entes en ejercicio de la función administrativa⁹.

Asimismo se ha sostenido que la organización administrativa es el sistema de articulación de que se sirve el poder político para utilizar las diversas capacidades humanas, empleando un conjunto de recursos humanos, materiales y técnicos¹⁰.

La administración es una organización para el ejercicio del poder público al servicio de la comunidad y de sus ciudadanos. Resulta necesario determinar la forma en que aquel se ejerce, en tanto los conceptos de centralización y descentralización se refieren a la forma en que se ejerce el poder, ya sea estatal en general o por los órganos que conforman la administración en particular¹¹.

Las nociones de centralización, descentralización y desconcentración tienen un origen común en la medida que todas apuntan a facetas vinculadas con la organización administrativa y tienden a explicar la difícil tarea de la mecánica del Estado.

1.1.- Centralización y descentralización

La centralización implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la Administración Pública. Así se describe a la centralización como el estadio más primitivo de la Administración Pública Central. Mientras en ella existe un solo núcleo administrativo que produce las decisiones que han de observarse -constituido

⁹ Dromi Roberto, (2009) *Derecho Administrativo*, 12° Ed. Cap. XIII, Ciudad Argentina, Pag. 686.

¹⁰ Baena del Alcázar, Mariano, (1984), *Organización Administrativa*, Tecnos, Madrid, pag. 17.

¹¹ Gordillo Agustín, (1994), *Tratado de Derecho Administrativo*, 2° Ed. T. 1, Cap. XI, Machi, Bs. As. Pág. 2.

por una autoridad o grupo de ellas, localizadas en la cúspide de un andamiaje orgánico relacionado por vínculos de jerarquía- en la descentralización, se trata que ciertas necesidades específicas, sean atendidas por autoridades que actúen con mayor albedrío respecto de la que se encuentra en la cúpula de la organización, teniendo con ella una relación no jerárquica¹².

La centralización generalmente se asocia con la idea de un Estado más absolutista. Se ha señalado que estimula la constitución de gobiernos más fuertes y que los gobiernos autoritarios son proclives a la concentración de funciones y a la centralización, mientras los democráticos buscan en la descentralización, la eficiencia que representa el manejo de los propios intereses y la garantía que significa el poder central con el peso de su influencia¹³.

El concepto de centralización no ofrece mayores dificultades, claramente se presenta cuando la competencia es asignada a los órganos superiores de la administración. El órgano inferior carece entonces de libertad de acción, de iniciativa, de poder de decisión, que son absorbidos por el órgano central.

En la estática y en la dinámica del Estado, la centralización desempeña un papel fundamental. En la primera constituye la parte vertebral de la estructura; en la segunda, representa la fuerza centrípeta, por oposición a la centrífuga de la descentralización¹⁴.

La descentralización administrativa tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico atribuye competencia a otros órganos, con personalidad jurídica propia, que en consecuencia se encuentran separados de la administración central. Esa competencia asignada al órgano en el régimen descentralizado, le otorga una mayor libertad de acción, que se traduce en determinados poderes de iniciativa y de decisión¹⁵.

La descentralización se inspira, de alguna manera, en consideraciones políticas relativas a la independencia y a necesidades técnicas que parecen impedir que un sólo órgano, pueda resolver por sí, todas las cuestiones que requiere la existencia de la comunidad y la satisfacción del interés público, cuestión teleológica presente en toda actividad administrativa.

¹²Tafur Galvis, Alvaro, (1984), *Las Entidades Descentralizadas*, Temis, Bogotá, 1984, pag. 22.

¹³Guzmán Alfredo Silverio, (1998), "Autarquía y descentralización", *El Derecho* T° 179, pag. 755.

¹⁴Muratorio Jorge I., (2004), "Centralización, Descentralización Concentración, Desconcentración" en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, RAP, Bs.As., pag. 227, (ps. 221/246).

¹⁵ Marienhoff Miguel, (1970), *Ob. Cit.*, T° 1, pág. 373.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido que la diferencia entre la Administración Centralizada y la Administración Descentralizada -considerando que ambas son formas de hacer efectiva la actividad de la administración pública- radica en que las cuestiones de importancia sean resueltas por los órganos centrales de la Administración (Adm. Centralizada) o bien que también participen en dichas decisiones las entidades con personalidad jurídica que constituyen la administración descentralizada o indirecta del Estado (Adm. Descentralizada)¹⁶.

Como lo ilustra, Pedro Frías, el Estado contemporáneo es demasiado pequeño para ciertas tareas y demasiado grande para otras; cuando es demasiado pequeño, se impone la integración, y cuando es demasiado grande el paliativo es la descentralización¹⁷.

1.2. Las nuevas sociedades del Estado

Durante la década de 1990 el Estado traspasó las Sociedades del Estado al sector privado, a través de un proceso de privatizaciones previsto fundamentalmente en la ley N° 23.696. Actualmente, es posible advertir claramente la decisión estatal de reasumir ciertas actividades en el campo económico, en especial con relación a la prestación de ciertos servicios públicos, adoptando nuevas formas societarias, tales como las sociedades anónimas que pertenecen exclusivamente al Estado y las regidas por la Ley N° 19550.

Este sistema utilizado por el Estado -el de sociedades anónimas en los términos de la Ley N° 19550- tuvo por objeto excluir respecto de tales sociedades, la aplicación de las normas del Derecho Público, con el fin de establecer las formas instrumentales de las actividades económicas privadas. El régimen jurídico de las sociedades anónimas constituye el marco jurídico para las actividades comerciales que persiguen fines de lucro y que son extrañas respecto del Estado y sus funciones.

Concretamente las diferencias entre estas sociedades y las empresas o sociedades del Estado es que estas últimas llevan formas públicas y aplican Derecho Público y Privado, en tanto que las sociedades comerciales de propiedad del Estado, usan formas privadas y aplican Derecho Privado. Podemos citar como ejemplos de éstas nuevas

¹⁶PTN, Dictamen 181/2004, Expte N° 1789/04 Ministerio de Economía y Producción, Dictámenes 249:264.

¹⁷Frías Pedro José, (1995), "La descentralización", La Ley-E-960, Bs.As.

sociedades a: Nucleoeléctrica Argentina S.A., Líneas Aéreas Federales, Aguas y Saneamientos Argentinos S.A., Empresa Argentina de Soluciones Satélitales S.A. (AR-SAT) etc.

Cabe aclarar que también surgieron entes a los que se le transfirieron ciertas actividades que le competen al Estado, con el fundamento de ganar eficiencia, ante la expansión de actividades que había tomado para sí el Estado. Este proceso denominado delegación estructural de cometidos estatales, tiene lugar cuando el Estado-Administración Pública- transfiere el ejercicio de un determinado cometido en favor de un ente privado, sin renunciar a la titularidad del mismo¹⁸.

De esta manera podemos decir, que mientras se delegaron actividades típicamente estatales a entes regidos en principio por el Derecho Privado, se crearon entes de propiedad estatal, que por excepción deberían regular su actividad no por el Derecho Público sino por el Derecho Privado. Es decir, que a los primeros se los dotó de ciertas prerrogativas que dieron lugar a la aplicación parcial del Derecho Público respecto de éstos y a su vez a los segundos, si bien era de propiedad estatal, el legislador trato de apartarlos de las estructuras administrativas a fin de que desarrollen sus actividades dentro de los moldes propios del Derecho Privado¹⁹.

Resulta sumamente esclarecedor, el ejemplo brindado por el Dr. Alberto Bianchi, para graficar cómo funcionan los distintos estamentos de la Administración Pública, cuando los compara con el sistema solar donde varios planetas giran en torno del astro principal, es decir el Estado Nacional, núcleo central de la Administración; los planetas o sea la Administración descentralizada, se van alejando del centro del sistema a medida que se va intensificando en ellos la aplicación del Derecho Privado, y se va perdiendo o haciendo más tenue la injerencia del Derecho Administrativo. Respecto de los planetas más cercanos, es decir, las entidades autárquicas, no hay duda alguna acerca de su carácter, pero a medida que aparece el aparato privado crecen las dudas acerca de la integración de estos mundos mixtos con el sistema solar de la administración. En el extremo de este imaginario 'sistema solar' están estos entes de patrimonio mixto creados por la ley de sociedades comerciales que se han dado en llamar sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Y más alejado todavía se encontrarán las sociedades anónimas de propiedad

¹⁸Barra Rodolfo C, (1980), *Principios de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, pag. 141 y sgtes.

¹⁹Canosa Armando, (1993), "Algunas reflexiones acerca de las denominadas Personas Públicas no Estatales", *El Derecho* T° 152 pag. 233.

estatal regidas de manera exclusiva por la Ley 19550²⁰.

Sin embargo, si bien el régimen jurídico de estas formas societarias es aparentemente privado, subyace un régimen de fuerte interés público, cuyas connotaciones típicas del Derecho Administrativo derogan principios elementales de las sociedades privadas. Ocurre lo mismo con las sociedades del Estado creadas por ley 20.705, la cual pese a su pretensión de dotar a las mismas de un sistema privado, sólo lo ha hecho en lo adjetivo, pues en sustancia los entes incorporados al sistema continúan siendo reparticiones públicas que se desempeñan con todo el rigor de sus prerrogativas exorbitantes que el derecho común les provee²¹.

A dicha conclusión se arribó también respecto a las sociedades anónimas de propiedad de Estado, ya que, si bien se encuentran regidas por la Ley 19550, en caso de indeterminaciones normativas (lagunas o vaguedades) deberán regirse por las reglas propias del Derecho Público. Ello porque, si bien en éstas sociedades el interés público es alcanzado mediante objetos privados y reglas propias del Derecho Privado, tras éstos existe un claro interés colectivo que es contenido y explicitado por el Derecho Público. Por ello, el régimen jurídico de las sociedades anónimas de propiedad estatal es claramente mixto, se aplicará el Derecho Privado en tanto el legislador diga esto expresamente y el Derecho Público en el resto²².

En estos casos el Derecho Privado cubre la organización y las actividades (objeto) de estas sociedades. En los otros aspectos (constitución, fusión, transformación, adquisición, disolución y control) y en otros resquicios existentes en el marco jurídico cabe aplicar principios y reglas del Derecho Público. Por ejemplo, el personal debe regirse por el Derecho Laboral, sin perjuicio de aplicar los principios de capacidad, mérito e igualdad de trámite de selección del personal, así como los regímenes de incompatibilidades de los agentes públicos. En igual sentido, los contratos se rigen por el Derecho Privado, pero se deben respetar los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y eficacia en los trámites (reglas y principios de Derecho Público).

Debemos tener presente que una de las características que presentan las

²⁰Bianchi Alberto (1998), “Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa”, *El Derecho* T° 129 pag. 268.

²¹Bianchi Alberto, *Ob. Cit.* pag. 269.

²²Balbin Carlos F., (2010), *Tratado de Derecho Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Bs. As., 2010, T° II pag. 236/238.

sociedades comerciales reguladas en la Ley N° 19550, es el fin de lucro, es decir, a través de su actuación, pretende la obtención de ganancias. Sin embargo, las sociedades creadas por el Estado, no persiguen con su actividad la obtención de beneficios de naturaleza económica tal como lo haría un empresario privado, sino que dichas formas societarias tienen por objeto desarrollar actividades dirigidas a cumplir con fines de naturaleza pública, buscan satisfacer las necesidades de la colectividad. La finalidad del Estado en constituir estos entes, responde a la necesidad de permitir una mayor flexibilidad y dinamismo a la actividad que la sociedad deberá desarrollar para cumplir con los cometidos que el Estado le encarga y que, en muchos aspectos, resultan equiparables desde un punto de vista fáctico a las actividades que despliega una empresa comercial privada. Igual régimen corresponde aplicar a las sociedades anónimas en que el Estado tenga mayoría de capital social o la mayoría del directorio, es decir cuando el Estado controle por sí solo la sociedad de que se trate.

En realidad, en estas formas societarias la cuestión se centra en la independencia que adquieren al 'escaparse', en algunos aspectos de la regulación, del Derecho Público, con la consecuente discrecionalidad para gestionarlas, en cabeza de la propia Administración²³.

Debemos tener presente que en muchos casos el Estado constituyó SAPEM de modo transitorio, en donde el legislador no solo fijó el campo del Derecho Privado, sino a su vez limitó la aplicación de las reglas y principios del Derecho Público. Es cierto que, en principio, el Estado persiguió el objetivo de crear entes comerciales estatales transitorios y no como parte de sus estructuras. El interés estatal fue preservar las empresas prestatarias de servicios públicos y luego de superada la crisis, privatizarlas. Por ejemplo Nucleoeléctrica S.A., cuyo decreto de creación dispone de manera expresa que la sociedad esta 'sujeta a privatización total'.

Sin embargo, creemos que más allá de las exclusiones del legislador, debemos aplicar los principios del Derecho Público, en particular aquellos que nacen del marco constitucional y los tratados internacionales, porque el punto clave aquí no son las formas sino las sustancias y estas consisten en las actividades que desarrollan las sociedades, es decir, si son sustancialmente privadas o públicas y en la participación del Estado, *esto es, si la participación en el capital o el directorio le garantiza o no al Estado el control de la sociedad.*

²³Guzmán, Alfredo Silverio, (1998), O. Cit., psg. 756.

Finalmente debemos mencionar las sociedades anónimas en donde el Estado tiene participación. En estos casos a diferencia de las sociedades anónimas de propiedad estatal, el Estado participa en sociedades comerciales privadas (acciones, obligaciones o títulos), pero no cabe incorporarlas al sector público, y no aplican el régimen del Derecho Público, ni siquiera en los aspectos contables, presupuestarios o de control.

Un ejemplo de este supuesto es el caso del Anses, en donde a partir de la sanción de la ley 26.425 se eliminó el régimen de capitalización y se unificaron las jubilaciones y pensiones en un régimen de reparto a cargo de la ANSES. Las AFJP habían invertido parte de sus fondos en acciones de sociedades comerciales abiertas (cuyos títulos cotizaban en bolsa), a partir de la unificación de los regímenes previsionales, esas acciones –y todos los demás activos de los fondos administrados por las AFJP– pasaron a la ANSES, y se integraron al FGS. Por ello, el Estado es accionista de algunas de las principales empresas del país, por ejemplo del Banco Macro, Cítricos San Miguel, TGS, Supermercados la Anónima, Molino Río de la Plata etc²⁴.

En función de lo expuesto podemos concluir -con la salvedad de enunciadas en el párrafo anterior- que las Sociedades del Estado forman parte de la Administración Pública.

Esto fue corroborado en la ley 24.156 (artículo 8° inc. b) al igual que la Ley Provincial de Administración Financiera A N° 3186 incluye dentro del Sector Público Provincial, en el inciso b) del artículo 2: *“a las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas y todas aquellas empresas donde el Estado tenga participación mayoritaria o en la formación de las decisiones societarias, a quienes será de aplicación las disposiciones de esta ley en forma supletoria”*.

La Procuración del Tesoro de la Nación, ha emitido dictámenes donde sostuvo reiteradamente que las sociedades anónimas de capital estatal, como las sociedades del Estado constituyen una especie de descentralización, entendiéndose a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la organización administrativa estatal, mediante un ente separado de la Administración Central, que posee personalidad jurídica propia y que está constituido por órganos también propios, que expresan la voluntad de ese ente. (PTN, Dictámenes 239:592; 247:282).

²⁴Durand, Julio C., (2010), “La participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas”, L.L. 2010-A-pag. 690.

En cuanto a las sociedades anónimas de capital estatal mayoritario (SAPEM), dicho organismo interpretó que, si bien están regladas por la ley 19.550, les resultan de aplicación normas de Derecho Público teniendo en cuenta las finalidades de su creación, aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado y que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y la dirección de la entidad" (PTN, Dictámenes 219:145 y 247:282).

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia al expresar *“El concepto de descentralización administrativa propio de las técnicas de organización de la Administración Pública es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores, dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esta organización. De allí que no cabe excluir de la organización administrativa a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, regidas por la Ley 19550. Si bien las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria han sido constituidas bajo un régimen de predominio del Derecho Privado, la regulación jurídica aplicable a este tipo de empresas, ha ido nutriéndose con el tiempo con otras normas de orden público, que reflejan un panorama complejo que pone en crisis la afirmación inicial de que se tratan de sujetos del Derecho Privado”*²⁵.

Nuestro máximo órgano judicial también se pronunció sobre la naturaleza jurídica de las empresas en donde el Estado tiene algún grado de participación. Así el voto del Dr. Victor Sodero Nievas expresó *“De tal modo, es dable recordar que el Estado ha asumido modernamente una serie de actividades económicas que difícilmente pueden concebirse como necesarias para sus fines, y para asumirlas ha necesitado obviar su pesada maquinaria tratando de agilizar el régimen de desenvolvimiento para poder hacerse cargo de las empresas en condiciones al menos relativamente eficientes; y dentro de esta actividad económica ha creado las sociedades con participación estatal, las cuales se subdividen en Sociedades del Estado, Sociedades de Economía Mixta y Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria”*²⁶.

También expresó *“Entiendo que la circunstancia de que la demandada*

²⁵CSJN, “La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. C/Petroquímica Bahía Blanca S.A.” L.L-198. XXI.

²⁶STJRN, autos: “Benito Susana s/Ejecución de Honorarios s/Casación”, Expte N° 20-204 (30-11-05).-

desarrolle actividades que se encuentren regidas por las disposiciones de la Ley 19550, no la priva de su carácter estatal. El Estado es siempre persona pública y ente de Derecho Público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o personas privadas. La administración es siempre persona de Derecho Público que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas de Derecho Público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al Derecho Privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos”²⁷.

Se ha sostenido que para resolver el problema de sí estas sociedades, pertenecen a la Administración, debemos acudir a un elemento que es el más certero de todos, y es el del ejercicio de prerrogativas estatales exorbitantes del Derecho Común. Allí donde haya un órgano que, aun pretendiendo cobijarse bajo el Derecho Privado posea patrimonio estatal y ejerza prerrogativas de poder público, habrá administración, pues lo propio de la administración, lo que la distingue de los entes privados, es que persigue un bien común²⁸.

De lo expuesto, teniendo en cuenta que la finalidad que persiguen es el interés general de la comunidad, podemos concluir que las Sociedades del Estado se encuentran dentro de la órbita de la administración pública.

1.3. La empresa EDHIPSA: Su ubicación en la estructura administrativa provincial:

Habiendo concluido que las Sociedades del Estado son entes públicos, debemos determinar ahora cuál es el régimen que corresponde otorgar a la empresa EDHIPSA.

Como expusiéramos en el presente, buena parte de la actividad estatal de las últimas décadas ha sido denominada por parte de la doctrina como “Estado Empresario”, significando un fenómeno político, económico, social y cultural en el cual el Estado concibe como una actividad propia la producción y comercialización de ciertos bienes y servicios, asumiendo la titularidad de los medios de producción así destinados poseyendo tal

²⁷ STJRN, autos: “Gonzalez Fernando c/Altec S.E. s/Incidente de Ejecución de Honorarios”, Expte N° 8137/90.

²⁸ Bianchi Alberto, (1998), Ob. Cit., pag. 274.

actuación empresarial en todos los casos, finalidades políticas, es decir, de satisfacción del bien común²⁹.

Esta fundamentación es la que ha de haber asistido al legislador provincial en junio de 1995 cuando, a la vista de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y de las políticas públicas puestas en marcha desde el Estado Nacional en materia de recursos naturales y, consecuentemente, de hidrocarburos, sancionó la ley K N° 2883 de creación de la Empresa de Desarrollo Hidrocarburífero Provincial Sociedad Anónima (E.D.H.I.P.S.A.) regida por la Sección VI del Capítulo II de la Ley 19.550.

El tipo societario previsto para la nueva persona jurídica, da cuenta sin duda alguna que la voluntad del legislador fue crear una “empresa pública”, de forma tal que quedara asegurado y garantizado el cumplimiento del objetivo estratégico político definido por el sector de Gobierno que la regía.

En este sentido, resulta evidente que la sociedad creada debe observar en su actuación, la política sectorial que el Estado Provincial fija en materia de hidrocarburos. El objeto de la sociedad es ampliar las reservas de petróleo y gas y el incremento de la producción, el progresivo procesamiento de la misma dentro del territorio provincial y el acrecentamiento de la renta petrolera provincial.

La Ley K N° 2883 establece que el Poder Ejecutivo tendrá las más amplias facultades para concurrir al acto constitutivo de la sociedad en representación del Estado Provincial y para suscribir acciones, designar a los integrantes de los órganos de dirección, administración y fiscalización (arts. 2 y 3).

Dichas circunstancias nos permiten afirmar, sin duda alguna, que la empresa fue creada y funciona a modo de brazo ejecutor de las políticas provinciales en la materia. Tan es así, que la Provincia a través del Poder Ejecutivo, suscribió e integró en su totalidad el capital social y designó a los integrantes de los órganos de dirección, administración y fiscalización, determinando que quien tiene la titularidad accionaria es la propia Provincia, a través del Ministerio de Producción.

Por su parte, el Artículo 20° de la Ley de Ministerios N° 4002, vigente en el período bajo análisis, establece que es “*competencia del Ministerio de Producción: inc. 23) Entender en la vinculación y gestión de los siguientes organismos:(...) la Empresa de*

²⁹Barra, Rodolfo, (2006), *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 3, Depalma, Bs. As., pag. 355 y ss.

Desarrollo Hidrocarburífero de la Provincia (EDHIPSA)”. A su vez, la misma ley establece que “(...) *compete al Ministerio de Producción asistir al Gobernador en todo lo atinente al desarrollo de las actividades económicas y a la promoción de los intereses económicos provinciales como asimismo al impulso y desarrollo de la fruticultura, la agricultura, ganadería, recursos naturales, industria, comercio, transporte, hidrocarburos y minería, tecnología e innovación tecnológica*”.

Se desprende de lo expuesto que EDHIPSA debe en todas los casos observar la políticas del Estado Provincial. La sociedad ejerce todas las atribuciones y está sometida a los controles correspondientes a las personas jurídicas de su tipo, además del control interno y externo del sector público provincial, de acuerdo a la Ley de Administración Financiera A N° 3186, Decreto Reglamentario N° 1737/98 y Decreto N° 815/04.-

En función de ello podemos concluir que EDHIPSA reúne los caracteres típicos de las sociedades anónimas del Estado: (1) el socio es el propio Estado con carácter exclusivo; (2) el patrimonio es estatal y (3) la sociedad es controlada por los órganos de control externo y es parte de la estructura de la Administración Pública Provincial.

Cabe mencionar con relación a la naturaleza jurídica de las SAPEM, un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde la provincia de Río Negro es parte con motivo de la demanda entablada contra AYCSA TENSIS S.A., y Aeropuertos de Río Negro S.A. a fin de obtener el pago de la suma de un millón setecientos setenta y dos mil doscientos noventa y tres dólares estadounidenses con treinta centavos (U\$S 1.772 .293, 30); monto que se desprende de la cesión instrumentada en la escritura pública número 132 del 10 de agosto de 2001, por medio de la cual Aeropuertos Norpatagónicos S.A. (Aeronor S.A.) le transfirió los derechos y acciones emergentes de ese crédito.

El máximo tribunal considero que la causa era ajena a la competencia originaria de esa Corte, para así resolver sostuvo que “(...) *Concretamente, se verifica la inobservancia de las Leyes N° 847, 2884, 88, más allá del tipo societario adoptado en ocasión de la constitución de la empresa, pues si bien es cierto que AERONOR se creó como una sociedad anónima en los términos de la Ley N° 19.550, el socio mayoritario era el Estado provincial, cuyo aporte de capital lo constituyen los fondos públicos que de ninguna manera resultan ajenos al control ejercido por los Organismos de control provinciales*”; “(...) *la pretensión deducida se refiere a las secuelas de un vínculo de naturaleza administrativa, en el cual la provincia habría actuado en su carácter de poder administrador,*

*y en uso de facultades propias, extremo que determina que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de la cuestión planteada*³⁰.

1.4.- La condición jurídica del personal superior de las Sociedades del Estado.

El empleo público y el empleo privado son la manifestación del mismo derecho. La doctrina identificó diferencias entre ambas relaciones, que van desde el fin de la actividad, hasta la modalidad de la prestación, la presencia de prerrogativas públicas y por supuesto el sujeto empleador. Lo cierto es que este último dato, parece instituirse como el indiscutible elemento diferenciador, junto con la naturaleza de la actividad que desarrolla el agente público, ya que otros requisitos han dejado de ser propios de uno u otro vínculo³¹.

La creación en los últimos años de las sociedades anónimas en las que el capital es mayoritaria o íntegramente estatal, provocó la discusión sobre si sus trabajadores eran empleados públicos o empleados privados. Al respecto la Constitución Nacional no define al empleo público, ni establece tipos o categorías de agentes públicos, sólo existen algunos artículos que aluden a ciertas particularidades de la materia. En tanto, la Constitución Provincial hace referencia a los términos “agentes públicos” y “administración pública”, en la Sección Primera Política Administrativa (arts. 47 a 57), comprendiendo tanto a los funcionarios de carácter político como a los agentes sometidos a la Ley L N° 3487, que aprueba el Estatuto General y Básico para la Administración Pública Provincial.

A tal efecto, en la Sección Normas Complementarias, de dicho texto constitucional, artículo 5 establece *“La expresión “agentes públicos” se refiere a los empleados y funcionarios electivos o no de todos los poderes del Estado, los municipios, comunas y demás órganos descentralizados”*.

Surge de lo expuesto, que en el ámbito provincial, el término 'funcionario' o 'empleado público', es comprensivo de quienes se desempeñan en organismos descentralizados de la Administración Pública, quedando comprendidos dentro de dicha categoría los directivos de las Sociedades del Estado.

³⁰CSJN, “Provincia de Río Negro c/ AYCSA TENSIS y Otra s/Cobro de Pesos, sentencia de fecha 16/12/2014.

³¹Ivanega Miriam (2011), “Nuevos interrogantes sobre la protección constitucional del trabajador. El caso de los empleados de las empresas y sociedades del Estado”, La Ley-F, Bs.As.

Este concepto amplio del término 'agente público' es también utilizado por la Convención Interamericana contra la Corrupción al definir “*funcionario público*”, “*oficial gubernamental*” o “*servidor público*” es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (art. 1º).

Sin embargo, la doctrina no siempre fue pacífica sobre este tema, por ello, resulta importante remitirnos a los diferentes criterios expuestos por la doctrina nacional y provincial.

Así las cosas, en una primera etapa, la Procuración del Tesoro Nacional desarrolló un concepto 'restrictivo' y eminentemente 'formal' respecto del concepto de 'funcionario público' (con especial referencia al régimen aplicable a la naturaleza de la relación de empleo o al régimen aplicable a la entidad), llegando a entender, que los directores y síndicos de Sociedades Estatales tales como las Sociedades de Economía Mixta, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria y las sociedades del Estado, no eran funcionarios públicos.

El mismo criterio fue sostenido por C.S.J.N. al resolver en el caso “Hourquescos Vicente c/Tribunal de Cuentas de la Nación”, en donde sostuvo “*Los directores y síndicos de las mencionadas sociedades no son, como tales, funcionarios públicos, por lo que no media una relación de cargo o empleo público remunerado. No resulta conveniente, a los fines de una adecuada regulación, extender a tales sociedades, con una naturaleza jurídica específica y propia, las normas generales reguladoras de los organismos administrativos puros. (...) el desempeño simultáneo de un cargo de la función pública –en el caso, de Fabricaciones Militares- y de director de una sociedad anónima con participación estatal no es incompatible en los términos del decreto 8566/61, pues los fondos con que se abonan los haberes de director de la sociedad no pueden considerarse retribución estatal, sino provenientes de una entidad de derecho privado, en lo que se refiere a su objeto específico y al sistema de incompatibilidad de sus directores*”³².

Por su parte el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro siguiendo el criterio del máximo órgano judicial de la Nación se ha pronunciado en el

³²Dictamen del Procurador General que la CSJN, hace suyo en los autos: “Hourquescos, Vicente c. T.C.N.” 20/02/01, L.L. 2001-D, 666.

sentido de que “Los directores, miembros del consejo de vigilancia, en su caso y síndicos, por la mayoría estatal, se designan y remueven según las normas establecidas por la LSC para las sociedades anónimas. Ahora bien, las personas designadas por el Estado no poseen la calidad de funcionarios públicos. Son funcionarios de la sociedad, no de la administración que los eligió. Si fueran funcionarios públicos en virtud de otros vínculos jurídicos con el Estado, el hecho de ser designados directores o síndicos de una sociedad anónima mixta no cancelaría la relación jurídica propia de su carácter de agentes estatales. En consecuencia, por la sola condición de ser directores o síndicos de una sociedad anónima mixta no serán susceptibles de incurrir en los delitos específicos para los funcionarios públicos, ni estarán sometidos a los deberes inherentes a éstos, ni tampoco tendrán sus derechos. Como lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto, surge, de modo evidente, que los integrantes del Directorio de la Compañía de Seguros Horizonte S.A., no pueden ser considerados funcionarios o agentes públicos, y por lo tanto no es de aplicación, como pretende la demandada, la Ley Provincial N° 905”³³.

Luego la Procuración del Tesoro de la Nación muta a una interpretación amplia, con fundamento en los conceptos que, relativo al tema poseen la “Convención Interamericana Contra la Corrupción” aprobada por Ley N° 24.759 y la Ley N° 25.188 de “Ética en el Ejercicio de la Función Pública”, para concluir que para definir qué se entiende por “funcionario público” debe abandonarse el concepto “formal” y con base en la normativa internacional, aborda un criterio sustancial al efecto entendiendo que, para determinar esa figura, debe estarse a los siguientes parámetros: “a) la pertenencia a las filas del Estado, entendiéndose el término Estado en su sentido más amplio, comprensivo de la Administración central y la descentralizada; b) la irrelevancia de la naturaleza jurídica de la relación que haya entre el Estado y quien cumple funciones para él, y del régimen jurídico que rija esa relación; c) la prestación de servicios o el ejercicio de funciones para el Estado o a nombre del Estado (o ambas cosas) —que conlleven o no la participación en la formación o ejecución de la voluntad estatal—, en cualquier nivel o jerarquía, en forma permanente, transitoria o accidental, remunerada u honoraria, enderezada al cumplimiento de fines públicos, sea cual fuere la forma o el procedimiento de designación del funcionario (PTN, Dictamen 271:157).

Por ello se ha dicho, que el concepto de funcionario público no se encuentra unido a la noción tradicional de estatuto o régimen de función pública, le

³³STJRN, “Benito Susana s/Ejecución de Honorarios s/Casación” Expte N° 20-204 (30-11-05).-

corresponde derechos que son propios de todo trabajador —público o privado—, sin perjuicio de las diferentes formas a las que puede estar sometido³⁴.

Luego pudo advertirse un tácito acercamiento de la Corte Federal a la posición del órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que reconoce que la definición de “función pública” supera ampliamente el marco de la “relación de empleo público”, en especial cuando de juzgar incompatibilidades se trata.

Así al resolver el caso “Longombaro, Marta Cristina c/EN M° DNRA s/Amparo Ley N° 16.986”, sostuvo “(...) Es cierto que aquel régimen se refiere al de los Directores de los Registros Nacionales de Propiedad del Automotor contenido en el Decreto N° 644/89, que no tienen una relación de empleo, más ello no significa que estén excluidos del régimen de incompatibilidades, pues el ámbito de aplicación personal y material de este último es más amplio que la mera relación de empleo público”³⁵.

Este cambio de postura también se produjo en la jurisprudencia de nuestro máximo órgano judicial, con motivo del reclamo de empleados de la empresa estatal Aguas Rionegrinas S.A., por el pago de las asignaciones no remunerativas establecidas en los decretos del Poder Ejecutivo Nacional Nros. 1273/02, 2641/02 y 905/03. Los citados decretos fijaron "asignaciones no remunerativas de carácter alimentario" para todos los trabajadores del sector privado que se encontraran comprendidos en los convenios colectivos de trabajo, excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación a los trabajadores agrarios, a los del servicio doméstico y a los del sector público nacional, provincial y municipal, cualquiera fuera el régimen legal al que se hallaran sujetos.

Analizada la cuestión el Superior Tribunal de Justicia expresó "(...) *a mi juicio la decisión del caso no pasa tanto por dilucidar la naturaleza jurídica del vínculo establecido entre la empresa y sus dependientes (empleo público o privado), sino que la cuestión central radica en definir -en los exactos términos que utilizan los decretos en que se funda la demanda- si la empresa en la que prestan servicios los actores pertenece al sector privado o al público, para lo cual será menester indagar en la composición de su capital social. Así el art. 2 de la ley 3186, llamada Ley de Administración Financiera y Control Interno del Sector Público Provincial, dispone: "A los efectos de esta ley, el sector público provincial estará integrado por: b) **Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas y***

³⁴Ivanega Miriam, (2011) Ob. Cit,

³⁵CSJN, "Longombaro, Marta Cristina c/EN M° DNRA p/Amparo Ley N°16.986", Expte N° B59.103, Sentencia 26/06/2010.

todas aquellas empresas donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, a quienes serán de aplicación las disposiciones de esta ley en forma supletoria". Por su parte, el art. 3° de la Ley Provincial N° 3309 -norma que autoriza la constitución de Aguas Rionegrinas S.A. (A.R.S.A.)- establece: "El Poder Ejecutivo suscribirá el Estatuto Social, debiendo integrarse el capital social en un noventa por ciento (90%) de propiedad del Estado Provincial y en un diez por ciento (10%) de propiedad del personal de Aguas Rionegrinas S.A., bajo el régimen de propiedad participada, dispuesto por la ley 23696, capítulo III, u otro mecanismo que asegure la participación accionaria del personal en el porcentual establecido. El Estado Provincial mantendrá en su propiedad la mayoría absoluta del capital social, determinado por el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones". Como consecuencia de lo expuesto debe concluirse que, atento a su pertenencia al sector público, los trabajadores de A.R.S.A. se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de los Decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03, más allá del régimen legal al que están sujetos"³⁶.

La ubicación institucional de estas sociedades dentro de la Administración Pública descentralizada, es el principal argumento para encuadrar a los empleados de aquellas como agentes públicos.

Este criterio fue ratificado en los autos "Daruz Néstor Alberto c/Provincia de Río Negro s/Contencioso Administrativo" en donde el actor pretendía se declare la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley N° 2989 y de los Decretos de Naturaleza Legislativa N° 1/97 y N° 5/97 y se condenara a la provincia de Río Negro al reintegro de las sumas descontadas, fundado en que la normativa que dispuso la reducción salarial no le era aplicable como empleado dependiente del IAPS.

Agrega el fallo "(...) en esos supuestos, también se consideró que la pertenencia al sector público es el dato dirimente, el cual surge además del propio texto de la Ley N° 2989 que establece: La presente ley es de orden público y se aplicará a partir de la fecha de su publicación a los tres Poderes del Estado provincial, empresas y sociedades del Estado, cualquiera sea la participación estatal. Se encuentra comprendido en el alcance de la presente ley todo el personal afectado a los mismos, se hallen o no sujetos a convenciones colectivas de trabajo, como así también el personal temporario bajo cualquier forma de

³⁶STJRN, "Acuña c/Provincia de Río Negro s/Contencioso Administrativo s/Inaplicabilidad de Ley", (Expte N° 25663/11-STJ).

contratación. Vale decir entonces que la propia ley establecía que su aplicación abarcaría a todos los dependientes de la Administración Pública, tanto centralizada como descentralizada y empresas del Estado. Así sucedió en la práctica, de lo cual da prueba fehaciente el informe pericial contable obrante a fs. 183/185 vlt., del que surge que la Ley 2989 se aplicó tanto hacia el interior del I.A.P.S. como de Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., empresa de propiedad del Estado provincial”³⁷.

En función de los antecedentes expuestos, podemos concluir que son funcionarios públicos los Directivos que representan al Estado en las diversas formas societarias en que éste forme parte, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado.

³⁷STJRN, "Darui Néstor Alberto c/Provincia de Río Negro s/Contencioso Administrativos/ Inaplicabilidad de Ley", Expte. N° 25663/11-.

CAPITULO II

Las incompatibilidades en la función pública

2.1- Incompatibilidades y Conflicto: su finalidad.

En el capítulo anterior hemos podido demostrar que los Societades del Estado se encuentran dentro de la estructura de la Administración Pública y que los directores que prestan funciones en ellas, son empleados públicos. Ahora pasaremos a analizar, el supuesto en donde un directivo de una Sociedad del Estado, presta servicios a su vez en otro organismo público, a fin determinar si dicha conducta puede configurar algún tipo de incompatibilidad o conflicto de interés. Y si se llega al mismo resultado, cuando el organismo donde presta servicios el director, tiene funciones de control o fiscalización sobre la sociedad.-

Para ingresar en dicho análisis debemos en primer término distinguir entre los conceptos de incompatibilidad y de conflicto de intereses, ya que estos plantean supuestos distintos y la falta de una adecuada comprensión puede acarrear confusión.

Así la incompatibilidad ha sido definida como el deber de no acumular un mismo agente dos o más empleos considerados inconciliables por la norma respectiva y el deber de no ejercer coetáneamente con el empleo alguna actividad o profesión considerada inconciliables con éste³⁸.

Por su parte, Máximo Zin expresa que, la incompatibilidad administrativa es el deber del funcionario o empleado público que comprende la imposibilidad legal de desempeñar o ser designado en forma simultánea en más de un cargo o empleo público, de acumular a la retribución correspondiente a su prestación de servicios, ciertas asignaciones o haberes de pasividad, o realizar coetáneamente con las funciones que le son propias, ciertas actividades inconciliables, por su naturaleza, con el principio de dedicación al cargo³⁹.

También se ha sostenido que la incompatibilidad es el estado jurídico en que se halla un agente que ha violado la prohibición normativa de ejercer simultáneamente: a) dos o más cargos o empleos públicos; b) un cargo o empleo público y profesiones u oficios, c) un cargo o empleo público y actividades que son inconciliables, por su naturaleza con aquel, sin llegar a configurar un supuesto de conflicto de interés; d) quien acumula a la

³⁸Marienhoff Miguel, (1970), Ob. Cit., T° III-B, pag. 244 y sig.

³⁹Zin Máximo, (1986), "Incompatibilidades de funcionarios y empleados públicos", Depalma, Bs. As., pag. 9.

retribución correspondiente a su prestación de servicios, ciertas asignaciones o haberes de pasividad⁴⁰.

A su vez, se puede decir 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. 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 responsabilidades⁴¹.

También se ha dicho que el 'conflicto de intereses' se operará toda vez que las acciones de los agentes en el ejercicio de tareas, funciones o deberes a su cargo produzcan beneficios económicos directos o indirectos propios, de amigos, parientes o convivientes; o respondan a propósitos, objetivos o finalidades que dependan de la promesa, ofrecimiento o dación de intereses particulares, aun cuando no exista por parte de los mismos apartamiento o violación de sus responsabilidades u omisión de los deberes a su cargo⁴².

Por su parte, el autor español García Mexía sostuvo que conflicto de intereses es “aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie⁴³”.

En virtud de lo expuesto, puede concluirse que las incompatibilidades y los conflictos de intereses son situaciones distintas, que tienden a evitar diferentes tipos de perjuicios o riesgos. La función de las incompatibilidades es proteger al erario público frente al riesgo de que al ser materialmente imposible que se cumpla con varias funciones al mismo tiempo, o a la percepción de varios emolumentos a cargo del Estado, mientras 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 criterio⁴⁴.

⁴⁰ Nielsen Federico, (2004), “Incompatibilidades de los Funcionarios Públicos”, en Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, RAP, Bs.As., pag. 790, (ps.785/822).

⁴¹ Alegre Marcelo, (2001), “Informe Final Regulación de Pautas de Comportamiento Ético y Conflicto de Intereses en la Argentina”, disponible en www.anticorrupción.jus.gov.ar

⁴² Cincunegui Juan Bautista y Cincunegui, Juan de Dios, (1996), “La Corrupción y los Factores de Poder”, Publicación de la Fundación Argentina de Planeamiento (FUNDAPLAN), Capítulo II, pag. 31.

⁴³ García Mexía Pablo, (2001), “Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea”, Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi Elcano, Navarra, pag. 97.

⁴⁴ Nielsen Federico, (2004), Ob. Cit., pag. 791, (ps. 785/822).-

La finalidad del establecimiento de un sistema de incompatibilidades es, por un lado evitar el pluriempleo, por otro, bajar el gasto público protegiendo el erario público ante la imposibilidad de que un agente cumpla con varias funciones al mismo tiempo, se esté en realidad ante trabajos ficticios, lograr la plena dedicación al cargo y obtener una ordenación del mercado de trabajo.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que “La finalidad habitual y preponderante de los regímenes de incompatibilidades, es el de facilitar el cumplimiento del deber de dedicación y eficiencia por parte del agente, lo que en definitiva tiende a la mejor atención y satisfacción de interés público” (PTN, Dictamen 172:389).

Cabe señalar que la legislación provincial y nacional vigente en la materia, se encuentran expresamente previstos diversos supuestos de excepción que autorizan la acumulación de determinadas actividades, como por ejemplo, aquellos que permiten el desempeño simultáneo de la función pública y la actividad académica. Sin embargo, dicho permiso se encuentra condicionado al cumplimiento de determinados requisitos, tales como la existencia de la compatibilidad horaria entre ambas actividades.

2.2.- Hacia una definición amplia de conflicto de intereses.

Hemos definido que existe una situación de conflicto de intereses cuando el interés personal del funcionario público colisiona con los deberes y obligaciones del cargo público que desempeña.

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.

La Oficina Anticorrupción de la Nación ha definido al conflicto de intereses como una situación en la que el funcionario público tiene suficiente interés personal o privado, de tal modo que, el ejercicio de sus funciones se vea influenciado -o aparentemente influenciado. Agrega que, dentro de esa definición, pueden darse diversas situaciones tales como: tráfico de influencias, transacciones financieras, desempeño de funciones fuera de la

Administración Pública, futuros empleos, 'contratos' con parientes y regalos, cohecho y tráfico de información⁴⁵.

Resulta de interés analizar algunas de las situaciones en las cuales se podría generar 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.

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 decisión⁴⁶.

También podríamos decir que quedan contemplados dentro de los supuestos de conflictos de intereses las denominadas "negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas", regulado en el artículo 265 Código Penal. Tales negociaciones importan la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines dis-

⁴⁵Oficina Anticorrupción (2009), *Conflicto de intereses-Disyuntiva entre lo público y privado y prevención contra la corrupción*, Serie estrategias para la transparencia, pag. 25/26.-

⁴⁶ Oficina Anticorrupción, (2009), Ob. Cit. Pag. 28.

tintos o contrarios a los de la Administración Pública. Estamos ante un ilícito de los llamados "especiales propios", del que solamente pueden ser autores los funcionarios públicos. Lo que se castiga es que el funcionario tenga un interés personal o privado en el contrato u operación en que interviene en aquella calidad; que tome injerencia indebida en el acto y persiga un fin que no es el de la Administración Pública, aunque no sea contrapuesto⁴⁷.

En general, se ha interpretado en forma amplia este ilícito, al punto de no exigirse que la intervención del funcionario esté enderezada a obtener un beneficio injusto - directo o indirecto - ni que se persiga la causación de un perjuicio económico para la Administración, ni siquiera que el funcionario tenga la pretensión de actuar ilegalmente. La conducta típica, si bien activa, supondría entonces un mero incumplimiento de los deberes de abstención del funcionario⁴⁸.

Estas prácticas ya han tenido pronunciamiento por parte del Poder Judicial, por ejemplo dada la publicidad mediática que ha cobrado merece mencionar el fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal en donde confirmó el procesamiento de José Ángel Pedraza y otros cuatro acusados en el marco de una investigación por los delitos de tráfico de influencias y pago de sobornos durante el proceso por el homicidio de Mariano Ferrera. En los fundamentos de la sentencia de primera instancia se expresa “(...) *De tal modo, junto a los demás imputados forjaron distintos pactos venales dirigidos a la selección irregular de los magistrados del alto tribunal penal de la Nación que intervendrían y habrían de dirimir la cuestión, con el propósito de ejercer influencias sobre ellos –en base a la utilización espuria de vínculos preexistentes–, para que la decisión jurisdiccional que adoptaran se ajustara a las pretensiones de los confabuladores: lograr la libertad y revocatoria de los allí imputados*”⁴⁹.

En otra causa en donde se investigaba la presunta comisión del delito de negociaciones incompatibles de un funcionario público la Cámara expresó “(...) *LLeva razón el a quo en cuanto califica la conducta del encartado como constitutiva del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, previsto por el art. 265 del Código de Fondo. Ello es así pues entiendo que, del plexo probatorio descrito en el considerando precedente, surge la realización de una serie de irregularidades por parte del encarta-*

⁴⁷Sierra Hugo Mario, (2000), “El delito de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas”, La Ley-E-1128, Bs. As.

⁴⁸Soler Enrique, (1987), *Derecho Penal*, Parte General, Ed. Hammurabi, Bs. As., ps. 167/170.

⁴⁹Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, sentencia de fecha 23/06/2013.

do que pueden ser consideradas como un contrato en el cual intervino en interés propio y particular, es decir, actuó no sólo como funcionario sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada actuación o decisión de la administración. La figura prevista en el art. 265 del C.P. –negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas- protege “el fiel y debido desempeño de las funciones en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”⁵⁰.

Más reciente aún el 25/04/2013 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 se pronunció en una causa seguida contra la ex funcionaria María Julia Alsogaray por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública en la que, por mayoría, se declaró la prescripción de la acción penal. En dicha causa se investigaba la existencia de un sistema de contrataciones ilícitas, llevado a cabo en la entonces Secretaría de Recursos Naturales de la Nación⁵¹.

“ Si bien el caso no está aún resuelto de manera concluyente, ya que tanto la Fiscalía del juicio como la Oficina Anticorrupción manifestaron que habrán de recurrir dicha sentencia, resulta de importancia traer a colación la reciente recomendación formulada al Estado Argentino por parte del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de Implementación de la Comisión Interamericana contra la Corrupción, para que se considere la posibilidad de efectuar un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en casos de corrupción⁵².

No pudo dejar de mencionar -por la trascendencia que implica para nuestra vida republicana y democrática- el procesamiento dictado al Vicepresidente de la Nación en causa n° 1302/12 caratulada “Boudou Amado y otros s/ cohecho y negociaciones incompatibles (artículos 256, 258 y 265 del Código Penal)”.

La investigación está centrada en verificar si Amado Boudou como funcionario público, junto a José María Núñez Carmona, adquirieron a través de la empresa

⁵⁰CNACC Federal, Expte. N° 12.307 “Tedesco Balut y otros s/proc., sentencia del 16.09.96

⁵¹Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 “Alsogaray María Julia s / Contratación irregular”, Expte N° 1086, Bs. As. Sentencia del fecha 25/04/2013.

⁵²Informe Final de la República Argentina, correspondiente a la Vigésima Primera Reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de Implementación de la CICC, realizada en Washington, DC, EE.UU, aprobado en la sesión plenaria del 21 de marzo de 2013, en www.oas.org/juridico.-

The Old Fund, el 70% de la firma Ciccone Calcográfica a cambio de realizar los actos necesarios para salvar la empresa que en ese momento se encontraba quebrada. Para así resolver, el Juez tuvo por probado el vínculo de Boudou con Alejandro Vandebroele y la función que le otorgaron para que sea la cara visible del negocio, como así también los intereses recíprocos que poseían y, en especial, los nexos comerciales, económicos y financieros. Tuvo en cuenta las negociaciones previas que derivaron finalmente en el acuerdo ilícito con Amado Boudou -en ese momento Ministro de Economía y luego Vicepresidente de la Nación- para que, a cambio del capital mayoritario de la empresa fallida, disponga todos los actos necesarios -tanto lícitos como ilícitos- para llevar a cabo el levantamiento de la quiebra, el otorgamiento de un plan de facilidades de pago de la deuda que mantenían con la A.F.I.P. y la contratación con el Estado Nacional. Tuvo por demostrado el desdoblamiento de funciones entre Amado Boudou y José María Núñez Carmona; uno aportando su condición de funcionario público y la influencia que ello implica y el otro llevando a cabo actos, como privado, que Boudou no podía realizar, justamente por su cargo. Tal circunstancia, incluso, denotará la incompatibilidad existente en el hecho de que Boudou, como Ministro de Economía, adquiera una empresa privada que posee las máquinas para la producción de billetes⁵³.

Si bien son muchos los casos en donde se denuncian a funcionarios por hechos contrarios a las normas éticas, recientemente fue condenada a un año de prisión en suspenso e inhabilitación especial perpetua por el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, la ex Presidenta del Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Neuquén, ya que ella misma reconoció en un acuerdo, que contrato a la empresa de su consuegra, Aída Rosa Wilson. La teoría del caso presentada por el Ministerio Público Fiscal fue que durante su gestión como presidente del CPE entre diciembre de 2007 y septiembre de 2009, *“(...) se interesó en la celebración de varios contratos, con miras a obtener un beneficio para terceros con quienes posee vínculos familiares. Tal interés colisionó con la necesaria imparcialidad que debía observar en su condición de representante de la administración pública. Para tal fin dio instrucciones a subordinados del mencionado organismo para brindar, el marco legal adecuado para que las contrataciones se resuelvan a favor de quienes ella quería”*⁵⁴.

⁵³Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 4, “Boudou Amado y otro s/ Cohecho y Negociaciones Incompatibles”, Expte N° 1302/12, Resolución Bs. As. 27/06/2014

⁵⁴Ministerio Público Fiscal de Neuquén, publicado el 12/12/2014, en www.mpfneuquen.gov.ar.

2.3 La Procuración del Tesoro de la Nación: Su interpretación en materia de incompatibilidades. Su cambio de postura con el paso de los años.

Del análisis de lo dictaminado por este Órgano Asesor en los casos sometidos a consulta ante presuntas violaciones al régimen de incompatibilidades, he podido observar que se ha oscilado entre interpretaciones más permisivas aplicando luego criterios más restrictivos, a partir de la definición amplia del concepto de funcionario público.-

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1.994, dictaminó que debían aplicarse las normas particulares para resolver la compatibilidad de los directores de las Sociedades del Estado al expresar *“Los miembros del Poder Ejecutivo Nacional, en uso de sus atribuciones constitucionales no decide establecer una política administrativa distinta a seguir en materia de incompatibilidades con relación a los directores de las sociedades del Estado, estima que sólo resulta aplicable a éstos, el régimen que específicamente prevé el artículo 7 de la ley 20.705, sin que sea dable hacerlos extensivo el aprobado por el Decreto 8.566/61⁵⁵.*

Respecto de los agentes que revistan en la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires y desempeñaban además cargos de la Administración Pública Nacional, la Procuración sostuvo *“Si bien los agentes de los organismos interestadales se rigen, en principio por normas distintas de las aplicables en el ámbito de la Administración Pública Nacional, en el caso de agentes que revistan en la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires, y desempeñan además cargos de la Administración Pública Nacional (Dirección General Impositiva), existe una relación de empleo público de carácter nacional sujeta a las normas que rigen la misma, de lo que resulta la aplicación a ésta del “Régimen sobre acumulación de cargos, funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional” aprobado por Decreto N° 8566-61 (B.O. 26-9-61), que en su artículo 1° declara no compatible el ejercicio de un cargo o empleo público remunerado en la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional con cualquier otro cargo público retribuido en el orden nacional, provincial o municipal. “...La finalidad habitual y preponderante de los regímenes de incompatibilidades, es la de facilitar el cumplimiento del deber de dedicación y eficiencia por parte del agente, lo que en definitiva tiende a la mejor atención y satisfacción*

⁵⁵PNT, Dictamen S/N° del 13/10/1980, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dictámenes 155:21.

*del interés público, motivo éste por lo que en doctrina se considera que las normas respectivas deben, en caso de duda razonable, interpretarse extensiva o analógicamente*⁵⁶.

Ocurrida la reforma, la Procuración del Tesoro emite dictamen relacionado con la ética y expresó: *“Cuando el artículo 36 de la Constitución Nacional encomienda al Congreso el dictado de una “ley de ética pública” y cuando el proyecto de decreto por el que se aprueba el Código de Ética de la Función Pública define su materia, se está haciendo referencia a la determinación normativa de una serie de pautas de comportamiento basadas en valores considerados fundantes, aplicables a aquellas personas que desempeñan una función pública”. Aclara que “(...) Ética y derecho son dos órdenes normativos distintos. Las normas éticas apuntan a la perfección personal del sujeto y las jurídicas a perfeccionar el sistema de relaciones intersubjetivas; (...) Cuando la palabra ética se usa con un adjetivo que delimita un ámbito específico de predicación -como por ejemplo ética profesional o ética republicana- es para referirse a un conjunto de valores morales de los que se derivan una serie de principios de conducta o estándar de comportamiento para los sujetos comprendidos en ese ámbito de predicación” y específicamente agregó “La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la vigencia de las exigencias de la ética en el ámbito de la organización administrativa del Estado; en tal sentido ha señalado respecto de los funcionarios públicos la necesidad de no comprometer la moral pública de los cargos, dadas las razones de orden ético que rigen la función pública argentina y la justificación de la imposición de los regímenes de incompatibilidades en razones de orden ético, ya que algunas actividades pueden no resultar conciliables con el ejercicio de la función pública. (conf. Fallos 314:1377). Quien se desempeñe en la función pública, sea como funcionario de carrera o como funcionario político, debe encaminar su obrar siguiendo estándares de comportamientos adecuados a la regla moral y a la finalidad ética que sustenta al Estado”*⁵⁷.

Resulta de interés lo resuelto en el caso del Sindico General Adjunto de la Sindicatura General de la Nación, ante un presunto conflicto de interés, por haber representado previo al ingreso a la función pública a empresas vinculadas con el Estado. En este caso el órgano Asesor entendió que no se configuraba la incompatibilidad en los términos del artículo 13 de la Ley N° 25.188, sin perjuicio de su excusación si se diera alguna situación de inhabilidad afin con la prevista en esa norma. A dicha conclusión arribó por la

⁵⁶PTN, Dictamen N°55 del 21-03-1985, Expte. PTN N° 16540/84, ex Ministerio de Economía, Dictámenes 172:389.

⁵⁷PTN, Dictamen N° 178 del 30/12/1998, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 277:240.

ausencia de uno de los presupuestos necesarios para la configuración de la incompatibilidad, la existencia de competencia funcional directa. “(...) No parece que los Síndicos Generales Adjuntos posean *competencia funcional directa respecto de la contratación, obtención, gestión o control de (las) concesiones, beneficios o actividades de personas físicas o jurídicas con las que se hayan relacionado en alguna de las formas*, descritas en la primera parte del artículo 13 de la Ley N° 25.188. Agregó “(...) *Tal conclusión debe entenderse condicionada por el indudable carácter abstracto del planteo de autos. En efecto, no se ha presentado un caso de posible incompatibilidad de un acto derivado del ejercicio de la función de dicho funcionario que involucre a alguna de las empresas que representó o patrocinó*”. “*Los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación deben recaer, en principio, sobre casos concretos y circunstanciados, puesto que las características de cada uno de ellos pueden dar lugar a soluciones jurídicas diversas*”⁵⁸.

En año 2001 continuó con el criterio de incompatibilidad para un agente que percibía en forma simultánea una remuneración por los servicios que prestaba en la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR) y un haber previsional, concluyendo que debía intimarse al agente para que efectúe la opción pertinente y hacerle saber las consecuencias de su incumplimiento, de acuerdo con las disposiciones del Decreto N° 894/01⁵⁹.

También sostuvo que se encontraban alcanzados por la prohibición regulada por el Decreto N° 894/01 los encargados de Registro de la Propiedad Automotor, al expresar “*En el caso que nos ocupa, el vínculo que une a los Encargados de Registros con el Estado es de naturaleza contractual sin perjuicio de que toda su actividad, como así también sus derechos y deberes se encuentren regulados por la ley y sus reglamentos. Concordante con ello, el artículo 1° del Decreto No 644/89, según su similar No 2265/94 prescribe, en lo que al caso interesa, que: “(...) Los Encargados de Registro son funcionarios públicos dependientes de la Dirección Nacional de Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Crédito Prendario*”⁶⁰.

⁵⁸PTN, Dictamen N° 68 de fecha 09/03/2000, Expte PTN N° 60/00, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dictámenes 232:258.

⁵⁹PTN, Dictamen N° 206 del 22/10/2001, Expte. PTN N° 837/01, Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico, Dictámenes 239:206.

⁶⁰PTN, Dictamen N° 314 del 06/09/2002, Expte N° 133.953/02 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dictámenes 242:446.

Ante un caso de acumulación de cargos de un médico que ocupaba el cargo de Jefe de Servicio de Oncología del Hospital Aeronáutico Central y al mismo tiempo, se desempeñaba mediante una relación contractual, como Asesor de la Secretaría de Relaciones Sanitarias e Investigaciones en Salud del Ministerio de Salud, la Procuración del Tesoro entiendo, que el profesional había incurrido en incompatibilidad, ya que si bien dentro de las excepciones al régimen de acumulación de cargos se encuentran los profesionales del arte de curar, tal excepción sólo sería procedente cuando los cargos fueran de esa naturaleza, es decir del ejercicio de la medicina, y en el caso de autos uno de los cargos sería de naturaleza administrativa⁶¹.

Dictaminó que se había configurado una situación de incompatibilidad en virtud de la percepción de un retiro militar y el ejercicio del cargo de Coordinador Ejecutivo de Políticas y Programas del Deporte de la Secretaría de Turismo y Deporte. Ello por aplicación del Decreto N° 206/00 que en su artículo 1° dispone: *“Los funcionarios de jerarquía igual o superior a la de Subsecretario, designados para desempeñarse en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, no podrán beneficiarse simultáneamente con el sueldo o remuneración correspondiente y un beneficio previsional. El titular de un beneficio previsional comprendido en los términos del artículo 1° del presente, deberá suspender la percepción de su beneficio”*. Agrega cabe observar que mediante Decreto N° 894/01, el Poder Ejecutivo Nacional extendió dicha prohibición al resto del personal de la Administración Pública Nacional⁶².

No aplicó la incompatibilidad de cargos al expedirse en el ámbito del Grupo Económico denominado Banco Nación y Grupo Previsional Nación porque a ese único efecto lo asimiló a la naturaleza de las normas excluidas por el artículo 1° de la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina, para decir que *“La interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan; (...) No es método recomendable, en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante. Lo que ha de*

⁶¹PTN, Dictamen 334 del 16/09/2002, Expte. N° 133.953/02, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

⁶² PTN, Dictamen N° 335 del 22/05/2003, Expte PTN N° 988/02, Presidencia de la Nación. Dictámenes 245:548.

perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (conf. Fallos: 300:417)⁶³.

Con referencia al conflicto de intereses dictaminó que “(...) En el conflicto de intereses están presentes dos elementos: la prevalencia del interés particular del funcionario sobre el interés general del cargo que detenta -o dicho de otro modo, la subordinación del segundo al primero- y la intención, el ánimo o el espíritu de lucro (pecuniario o en especie) que se traduce en una ganancia del agente. La situación de incompatibilidad que se imputa a las dos ex funcionarias conlleva el deber del funcionario público de excusarse de intervenir en el trámite de que se trate (...). La Ley N° 25.188 y el Código de Ética de la Función Pública dan cuenta de que lo que se pretende es que el funcionario mantenga -entre otras cosas- una total independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones, la que podría verse alterada por cualquiera de las situaciones, actividades o intereses incompatibles allí previstos. También se desprende de dicha normativa que la situación de conflicto de interés se verifica cuando los intereses del funcionario entran en colisión con el cumplimiento de los deberes a su cargo, sean ellos de índole personal, económico o financiero. La irregularidad administrativa que nace con la mera omisión del deber de excusación antes referido, es independiente de que la conducta del agente encuadre en el delito tipificado por el artículo 265 del Código Penal,(.....)”⁶⁴.

Reiteró la existencia de incompatibilidad de un Escribano Encargado Titular de un Registro Seccional dependiente de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, que se hallaba percibiendo un haber previsional otorgado por la Caja Notarial de Jubilaciones y Previsión Social de la Provincia de Córdoba. Sobre el particular expresó “(...) *la incompatibilidad de marras constituye la voluntad expresada del Poder Ejecutivo Nacional que, en uso de las facultades conferidas por el artículo 99 inciso 1) de la Constitución Nacional, fijó como política de administración, la prohibición de que la totalidad del personal que presta servicios en su órbita, pueda simultáneamente acumular un haber de retiro o beneficio previsional (...) de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. Por lo tanto, la discusión acerca de la naturaleza jurídica del ente previsional o aún la*

⁶³PTN, Dictamen N° 335 del 22/05/2003, Expte. PTN N° 23.101/01, Ministerio del Interior. Dictámenes 246:300.

⁶⁴PTN, Dictamen 523 del 23-10-2003, Expte. PTN N° 136.215/02, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dictámenes 227:188.

ponderación del hecho de que el mismo se financie con aportes personales de los afiliados y demás contribuciones no estatales, se torna irrelevante”⁶⁵.

La PNT se pronunció en el caso particular de personas contratadas bajo el régimen del Decreto N° 1184/01, que se desempeñan simultáneamente como directores de sociedades anónimas en las cuales el Estado Nacional conservó una participación accionaria minoritaria. Al momento de resolver sostuvo que *“Existe una situación de incompatibilidad entre el desempeño simultaneo de un cargo de director de Sociedad Anónima en la cual el Estado Nacional tiene participación accionaria minoritaria y el cumplimiento de funciones como contratado bajo el régimen del referido decreto, motivo por el cual corresponde que se los intime a efectuar la correspondiente opción de empleo”* *“(…) Cabe tener presente que esta Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido antes de ahora, frente a una consulta que se le formulara acerca del tratamiento a asignar a los niveles gerenciales de las sociedades anónimas con participación estatal, ya sea ésta mayoritaria o minoritaria en lo relativo al carácter de funcionarios públicos de quienes ocupan esas posiciones, **son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal - mayoritaria o minoritaria, los de las Sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las Sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado”**⁶⁶.*

Ante la consulta formulada a ese Órgano Asesor sobre la existencia de incompatibilidad de un médico que revistaba simultáneamente en la planta permanente del Hospital Posadas y en el Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial, entendió que no existía incompatibilidad por encontrarse comprendido en la excepción del artículo 10 del Régimen sobre Acumulación de Cargos, Funciones y Pasividades, aprobado por Decreto N° 8566/61, que alude a los profesionales del arte de curar como aquellos que pueden acumular cargos⁶⁷.

También dijo que *“No alcanza al Director Titular de la Empresa Central Dique S.A. por las acciones Clase B en representación del Estado Nacional la incompatibilidad*

⁶⁵PTN, Dictamen N° 118 del 31-03-2004, Expte. PTN 139.318/03, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dictámenes 248:539.

⁶⁶PTN, Dictamen N° 291 del 14/07/2004, Expte. PTN CUDAP N° 0042290/0, ex Ministerio de Economía, Dictámenes 250:87.

⁶⁷PTN, Dictamen N° 256 del 04/09/2006, Expte. PTN 2002-0177000290-7/06, Ministerio de Salud, Dictámenes 258:317.

establecida por el Decreto N° 894/01; toda vez que la referida sociedad, cuyo capital el Estado Nacional tiene participación minoritaria, no se encuentra comprendida dentro del concepto de Administración Pública Nacional al que específicamente alude el decreto citado, y tampoco dentro del Sector Público Nacional definido por la Ley N° 24.156⁶⁸.

En cambio sí sostuvo que existía incompatibilidad en el caso del otorgamiento de una licencia de radiodifusión a una sociedad porque uno de sus miembros revestía el carácter de funcionario público y esta era una prohibición expresa de la norma. Recurre al concepto amplio para determinar la figura de funcionario público, al expresar “(...) *Es indudable que el Sr. Balanda al momento de la presentación de la oferta por parte de Musa S.R.L., se desempeñaba como locutor- conductor en el Multimedios S.A.P.E.M y por tanto se encuentra comprendido en la incompatibilidad establecida por el artículo 45 inc. g) de la Ley 22.285 y modificatorias, por las circunstancias apuntadas al ser funcionario público no puede ser adjudicatario de una licencia de radiodifusión*”⁶⁹.

Mantuvo igual criterio respecto a un empleado con designación transitoria del Coro Polifónico Nacional, que pretendía percibir la remuneración de la Secretaría de Cultura de Nación por su cargo en el coro junto con el goce de un haber previsional⁷⁰.

Sin embargo, sostuvo que no se había incumplido con el régimen de incompatibilidad consagrado por el Decreto N° 8566/61 y sus modificatorias, en el caso de un agente que se desempeñaba en el servicio de Hidrografía Naval de la Armada Argentina de lunes a viernes de 8 a 15 hs, y en la División de Urgencias del Hospital de Clínicas dependiente de la Universidad Nacional de Buenos Aires los días sábados, domingos y feriados en el horario de 6 a 20 hs. Ello, fundado en Decreto N° 15.443/57 que excluye de las prescripciones del régimen de incompatibilidades al personal que se desempeña en distintos organismos de la Administración Nacional en días considerados no laborables y extiende dicha previsión al presente caso en donde un cargo lo ejerce en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y otro en el orden nacional, en los días y horarios indicados. Reitera que “*La interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines*

⁶⁸PTN, Dictamen N° 021 del 01/02/2008, Expte. PTN 3309/08, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 264:92.

⁶⁹PTN, Dictamen N° 21 del 01/02/2008, Expte. PTN N° 12.956/07, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dictámenes 164:90.

⁷⁰PTN, Dictamen N° 95 del 22/05/2008, Expte. PTN N° 956/07, Secretaría de Cultura de la Nación, Dictámenes 265:121.

que las informan; dicha interpretación no se agota con la consideración deliberada de la letra de los textos examinados, sino estableciendo la versión técnicamente elaborada de los mismos por medio de una sistemática, razonable y discreta hermenéutica, que responda a su espíritu y observe y precise la voluntad del legislador”⁷¹.

Resulta interesante este dictamen en donde se reiteró la existencia de incompatibilidad del Encargado titular del Registro Nacional de la Propiedad Automotor de Oran provincia de Salta, que junto con la remuneración por dicho cargo percibía un haber jubilatorio, ya que el agente en cuestión presentó un amparo cuestionando la constitucionalidad del Decreto N° 8566/61, conforme el cual el desempeño de un cargo remunerado es incompatible con la percepción de un beneficio previsional nacional, provincial o municipal. Al respecto, la Procuración sostuvo que la constitucionalidad de los Decretos N° 8566/61 y N° 894/01 fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia en los autos “Saralegui Francisco c/Poder Ejecutivo Nacional” del 14/02/2006 (Fallos 329:123); por ello agregó *es tradicional doctrina de esta Procuración la que predica la conveniencia de que tanto ella como la Administración Pública Nacional se atengan a los criterios de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación e interpretación del Derecho, ello es así en virtud de la jerarquía de nuestro más Alto Tribunal, del carácter definitivo de sus sentencias y de la armonía que debe reinar entre los distintos órganos del Estado. También ha dicho esta Casa que esta adhesión a los fallos de la Corte está supeditada a que entre los casos en los que aquellos recaen y los que se presentan ante la Administración exista una identidad esencial o analogía sustancial y que el fallo y el dictamen sean coetáneos* (Dictámenes 251:492, 252:209; 257: 309 entre otros)⁷².

Ante la consulta realizada por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción, sobre la existencia de incompatibilidad en los términos de los artículos 24 y 25 de la Ley de Ministerios N° 22.520 por un contador que se había desempeñado simultáneamente como Subsecretario de Administración del ex Ministerio de Economía y Producción y como asesor ad honorem del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Esteban Echeverría, provincia de Buenos Aires; la Procuración concluyó que el Contador había infringido el régimen de incompatibilidades, ello fundado en que los artículos citados de la Ley de Ministerios establecían que durante el desempeño de sus cargos

⁷¹PTN, Dictamen N° 250 del 16/12/2009, Expte. PTN 16.373/09, Ministerio de Defensa, Dictámenes 271:214.

⁷²PTN, Dictamen N° 012 del 12/01/2012, Expte. PTN S04:000358/11, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dictámenes 280:34.

los Ministros, Secretarios y Subsecretarios debían 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 o municipales; como así también intervenir en juicios, litigios o gestiones en los cuales sea parte la Nación, las Provincias o los Municipios o desempeñar actividades en las cuales su condición de funcionario pueda influir en las decisión de la autoridad competente. Sostuvo que *esos preceptos constituyen un sistema o régimen integrado de incompatibilidades para los Ministros, Secretarios y Subsecretarios de la Administración Pública Nacional, cuyos fines implícitos o subyacentes, serían la transparencia en el ejercicio de aquellos cargos, la dedicación exclusiva a sus funciones por parte de sus titulares y la necesidad de prevenir y evitar conflicto de intereses*⁷³.

Finalmente, al resolver un caso similar al que se analiza en el presente trabajo, dictaminó: *“(...) no ha incurrido en conflicto de intereses en los términos del art. 13 de la Ley 25.188, por desempeñarse simultáneamente como Secretario de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y como Director de YPF S.A., en representación de las acciones clase A del Estado Nacional”*. Para llegar a esa conclusión expresó *“... tratándose de funcionarios públicos, que ocuparían cargos en directorios de empresas cuyo capital societario pertenece al Estado, ello no importa ejercer una función contraria a los intereses de la Administración Pública, en aras de un interés particular, sino todo lo contrario, esto implica representar al Estado en sus propios intereses (...)” por lo que, a priori, dicha situación “no configuraría un conflicto de intereses en los términos de la Ley 25.188”*⁷⁴.

De los dictámenes transcritos podemos concluir que la Procuración de Tesoro de la Nación siempre se pronunció por la existencia de incompatibilidad en los casos de empleados públicos que, además de la remuneración por el cargo, percibían simultáneamente un haber de retiro o jubilación.

Sin embargo, fue cambiando de un criterio más flexible en los casos de agentes de dos empleos, cuando uno de estos era de director de sociedades del Estado o profesionales del arte de curar, para ir restringiendo ese criterio a partir del concepto amplio de

⁷³PTN, Dictamen N° 134 del 15/07/2013, Expte. CUDAP N° S04:0006243/11, Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dictámenes 286:30.

⁷⁴PTN, Dictamen N° 384 del 08/05/2013, Expte. PTN N° S04:00047966/12, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

funcionario público, incluso cuando uno de esos cargos revista el carácter de 'ad honorem', por entender que se estaba en juego los principios de transparencia o conflicto de intereses.

En cuanto al caso bajo análisis a partir de las definiciones y dictámenes transcritos sobre incompatibilidad y conflicto de intereses, podríamos, como primera conclusión considerar que los Secretarios de Minería e Hidrocarburos y de Control de Gestión de Empresas Públicas, no habían incurrido en incompatibilidad ya que los cargos de Presidente y Vicepresidente para los que fueron designados en la sociedad EDHIPSA eran desempeñados 'ad honorem', es decir, sin percibir retribución alguna.

Similar conclusión arribó el Fiscal de Estado de la provincia de Mendoza ante la consulta formulada por un funcionario que se desempeñaba al mismo tiempo como directivo de una sociedad provincial, expresó “(...) se concluye considerando que la designación efectuada por la provincia de Mendoza en el cargo de Director de Dioxitex S.A. (entidad con participación del estado provincial) no es incompatible con el cargo que ostenta, en tanto las funciones que se desempeñen en la misma se materialicen 'ad honorem' en los términos de los arts. 13 segunda parte y 39 de la Constitución Provincial, teniendo presente la interpretación adoptada respecto de los elementos esenciales para determinar su situación frente al instituto en análisis (esto es, concepto amplio de “administración pública”; sustancial -no formal- de “empleo o función pública” e irrelevancia del origen de los fondos -presupuestario o propio de la entidad- que se aplican a la retribución) según se ha fundamentado en el presente dictamen, no observándose desde este punto de vista y en el caso concreto, que quede inmerso en ninguna de las causales que la Constitución Provincial o la normativa vigente, regulan en materia de incompatibilidades”⁷⁵.

Por el contrario, entiendo que dichos funcionarios si se encontraban comprendidos en la causal de conflicto de intereses, ello a consecuencia de que las funciones que desempeñaban en la Administración Central, les permitían manejar información a fin de privilegiar a la empresa estatal, en perjuicio de otras empresas.

También al tener por función controlar y fiscalizar a las empresas mineras e hidrocarbúlíferas que tenían concesiones o permisos de exploración en el

⁷⁵Fiscalía de Estado de la provincia de Mendoza, Expte. N° 312-V-2011-“Vazquez Walter F. s/Incompatibilidades en la función”, Dictamen 05179-12.

ámbito provincia, podían utilizar dichas influencias para obtener contratos o beneficios personales contrarios a los de la Administración.-

Este punto será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo IV del presente trabajo.

CAPITULO III

3.- La regulación normativa

La legislación referida a las incompatibilidades es sumamente compleja ya que a los textos originarios suelen efectuarse numerosas modificaciones, ampliaciones y también excepciones.

La instrumentación de las incompatibilidades de los funcionarios y agentes públicos en un cuerpo normativo orgánico, congruente y en lo posible uniforme, susceptible de regular en forma integral todas las acumulaciones -sean éstas nacionales o regionales, en sus distintas expresiones- constituye una empresa extremadamente delicada, máxime, si se tiene en cuenta que la actividad estatal se proyecta hoy por hoy, en los más variados quehaceres de la vida social.

Por la tanto, para la correcta implementación de un sistema de incompatibilidades en sector público, se debería tener en cuenta algunos factores como: a) objetivos que se esperan alcanzar con un régimen de incompatibilidades; b) factibilidad de su aplicación teniendo en cuenta experiencias anteriores y el medio económico-social donde pretenda instaurarse y c) normas claras y precisas tendientes a evitar que, excusas de interpretación, vengán a desnaturalizarse los propósitos buscados y que al mismo tiempo se garantice tratamientos uniformes para situaciones o prestaciones de similares características⁷⁶.

La efectividad de un régimen de incompatibilidades en la función pública dependerá, sin duda alguna, de la rectitud que se adopte para su fiscalización y control. Sabemos que todo funcionario público debe ajustar sus conductas a ciertos mandatos éticos, los cuales surgen de su relación de empleo público, considerado como el deber fundamental de todo agente el cumplimiento de la ley, del cual derivan el de obediencia, dignidad de conducta, probidad, prudencia, dedicación al cargo, acatamiento del orden jerárquico, idoneidad, justicia y responsabilidad. Todo ello basado en la idea rectora de que, el fin de la función pública es la realización del bien común y quienes decidan actuar en ella deben actuar acorde a la ética, evitando conductas disfuncionales que pudieran facilitar actos de corrupción.

⁷⁶Zin Máximo, Ob. Cit. pag. 3-4

3.1.- Convención Interamericana contra la Corrupción.

La lucha contra la corrupción no es un tema de larga data en la agenda internacional. Recién a principios de los años 90 se transformó en una prioridad, instalándose como nuevo paradigma, tanto en las relaciones de cooperación internacional, como en la interacción entre el sector público y privado. Todo ello a consecuencia del auge del comercio transnacional, la masivas transferencias de divisas a través de medios electrónicos, la internalización y profesionalización de las organizaciones delictivas y la denominada 'globalización'. Actualmente, los países demuestran verdadera preocupación por este fenómeno que distorsiona las reglas de juego del comercio internacional, conlleva una asignación injusta e ineficiente de recursos y provoca pobreza.

En este marco, diversos países y organizaciones internacionales han aprobado en las últimas décadas una serie de normas que intentan fijar estándares de transparencia y establecer pautas de cooperación entre los Estados para acotar y controlar el fenómeno de la corrupción.

El primer instrumento internacional integral de lucha contra la corrupción -que abarca tanto la prevención y punición de hechos corruptos como la cooperación y asistencia técnica entre los Estados- fue la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), adoptada por la OEA en el año 1996 y ratificado por la Argentina a través del Congreso de la Nación el 4 de diciembre de 1996 por Ley N° 24759. Esta convención no es un instrumento regional, sino global, que tiene entre sus objetivos complementar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales en el marco de la lucha contra el delito de corrupción⁷⁷.

Es sabido que la realidad no se modifica por el mero cambio de la normativa, pero además, la percepción social, tanto a nivel nacional como internacional sobre los delitos de corrupción no ha mejorado, por el contrario va en aumento. Basta con ver diariamente las publicaciones periodísticas o programas de investigación en donde se efectúan denuncias que comprometen a funcionarios y empresarios por situaciones o comportamientos entre actores público-privado que materializan actos de corrupción.

La Convención, tal como ha sido dictada, tendrá seguramente efectos propios en su ámbito específico que es el penal y penal internacional, con sujeción a la

⁷⁷Ballesteros Horacio Agustín, (2006), “La Convención Interamericana contra la Corrupción y su vinculación con los delitos de acción Pública”, en Empleo Público, LEP, La Plata, pag. 440, (ps. 440/470).

jurisdicción extranjera de la miríada de delitos que la rodean. Sin perjuicio de su importancia penal, contiene también una suerte de revolucionario corte transversal de las instituciones de derecho administrativo⁷⁸. Cuenta con un Preámbulo en donde aparecen con claridad los ejes fundamentales que articulan este intento transnacional/regional por combatir determinadas conductas que, en principio, atentan contra la administración de la cosa pública. Fundamentalmente aparecen dos elementos que tratándose de un instrumento de derecho internacional no pueden faltar: la responsabilidad de los Estado partes frente a sus ciudadanos y la necesidad de establecer una cooperación supranacional en el combate contra la corrupción.

Entre las principales medidas previstas en la convención apuntan al establecimiento de estándares de transparencia en el sector público, tales como la creación de sistemas para la declaración de ingresos, activos y pasivos por parte de funcionarios públicos; sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios basados en la publicidad, equidad y eficiencia; la protección de funcionarios públicos y ciudadanos que denuncien actos de corrupción; así como mecanismos para promover la participación de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción.

Es fundamental destacar una fuerte limitación a la discrecionalidad administrativa que la CICC incorpora al Derecho Supranacional, ergo también interno: varios nuevos principios o conceptos jurídicos vigentes, que son obligatorios para todos los agentes públicos nacionales, provinciales y municipales, rentados y ad honorem, especialmente en materia de contrataciones públicas, la publicidad, la equidad y la eficiencia. No se trata de 'palabras' sin connotación jurídica, son principios jurídicos indubitables, cuyo incumplimiento comporta violación del orden jurídico interno y supranacional⁷⁹.

La CICC cuenta con un artículo dedicado a las definiciones en donde se incluye los conceptos de 'funcionario público', 'función pública' y 'bienes'. Como dijimos, dichas definiciones (al estar contempladas en un instrumento internacional ratificado por el Congreso) vienen a ser obligatorias para nuestro derecho interno.

El artículo III de la Convención enumera un extenso catálogo de medidas preventivas que los Estados partes, a través de sus representantes, consideran útiles para evitar actos de corrupción. La finalidad del citado artículo es proveer a los Estados

⁷⁸Gordillo Agustín, (1997) “Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción”, La Ley-E, Bs. As, pag. 1091 y ss.

⁷⁹Gordillo Agustín, Ob. Cit., pag. 1092.

miembros de instrumentos adecuados para cumplir el propósito de evitar los efectos dañinos de la corrupción y garantizar la transparencia en la actividad pública.

Aunque estas y otras obligaciones aparezcan 'prima facie' remitidas a las normas internas, su manifiesta claridad demuestra que son inmediatamente operativas, porque ninguna ley interna hace falta para saber que conceptos jurídicos indeterminados o principios jurídicos tales como los enunciados, son perfectamente aplicables por la justicia nacional o en su caso extranjera. No debe llamar a confusión que el artículo III hable de medidas preventivas: son preventivas de la corrupción stricto sensu, pero son operativas⁸⁰.

El artículo VI enumera una serie de actos de corrupción a los cuales resulta de aplicación la Convención y también faculta a los Estados signatarios a aplicar de mutuo acuerdo sanciones en relación con cualquier otro acto de corrupción no previsto, pero, comprendido en el sentido que ella le asigna, es decir, los propios de los funcionarios públicos o de particulares vinculados con él. La Convención incita así a los Estados partes a sancionar cualquier otro acto de corrupción no contemplado puntualmente en ella, lo cual revela la voluntad colectiva estatal de reconocer a cada uno de los signatarios poderes para acordar entre ellos figuras corruptivas novedosas⁸¹.

La CICC también ha tipificado, algunos delitos que aconseja a los Estados a adoptar y sancionar según convengan en su ordenamiento jurídico interno. En el artículo VIII señala una institución novedosa para nuestro derecho, es el llamado 'soborno transnacional'. Dicha norma promueve a los Estados a prohibir y sancionar a sus funcionarios si éstos ofrecieren u otorgaren a funcionarios de otros Estados cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como, dádivas, promesas, favores o ventajas a cambio de que dichos funcionarios realicen u omitan cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

La Convención prevé la adopción de medidas entre los Estados para castigar el enriquecimiento ilícito de los funcionarios. En tal sentido su artículo IX sanciona tal acto de corrupción, aunque manteniendo su metodología de respetar la Constitución y el ordenamiento jurídico de cada Estado parte, para que cada uno de ellos adopte las medidas necesarias para tipificar y sancionar según su legislación, aunque señalando criterios generales para determinar el incremento patrimonial de un funcionario público cuando, durante el ejercicio de sus funciones, resultare excesivo respecto de los ingresos legítimos. Lo significa-

⁸⁰Ballesteros, Horacio Agustín, (2006), Ob. Cit.(ps. 440/474)

⁸¹Caballero, José Severo (1997), "la Convención Interamericana contra la Corrupción y la legislación penal argentina" La Ley-E-1153, Bs. As.

tivo y oportuno es que, pone a cargo del funcionario al ser requerido por el poder público la justificación razonable de ese incremento, para alejar la investigación estatal y la eventual condena.

Si bien en nuestro país el artículo 268 inc. 2) del Código Penal sanciona el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos, a partir de la reforma de la Constitución Nacional la comisión de esas conductas han adquirido mayor preponderancia. Así el quinto párrafo del artículo 36 establece *"Atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, este autor quedará inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos"*. Esto revela que unos de los destinatarios novedosos de esta reforma, son los funcionarios y empleados públicos, que asuman el manejo de los fondos públicos, quienes quedarán inhabilitados -por el tiempo que las leyes determinen- para desempeñarse como empleados o funcionarios públicos.

La Convención contra la Corrupción ha traído también, la sugerencia de incorporar otras conductas que actualmente no se castigan en el Código Penal Argentino y que representan posibles formas punitivas penales sobre los que habrá que meditar en el futuro, según las circunstancias históricas de este verdadero "desarrollo progresivo", como se denomina al artículo XI.

Finalmente, esta nueva normativa sobre 'ética pública' viene a afianzar el principio según el cual se debe atender también a la contención de ciertas conductas irregulares con prescindencia de la configuración de daños al patrimonio estatal, así la cláusula XII de la C.I.C.C., establece la aplicación de la convención sin necesidad *"que los actos de corrupción descriptos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado"*.

La jurisprudencia no se mantuvo ajena a esta normativa, en tal sentido expresó "A los fines expuestos en el Artículo II de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los Estados partes convinieron en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (art. 3 inc. 5). *Al respecto se ha considerado que a partir de la sanción del referido marco legal "no parece que pueda de ahora en más encararse válida o legalmente, sin incurrir en responsabilidad*

personal e institucional, una contratación de gran significación sin el cumplimiento de tales recaudos previos”⁸².

No puedo dejar de mencionar -por la trascendencia que produce la medida adoptada por el organismo internacional- la publicación titulada “Por falta de Transparencia la ONU congeló programas para el desarrollo”. La nota indica que las Naciones Unidas decidió congelar los desembolsos de un paquete de préstamos que había otorgado a la Argentina, ello a causa de sospechas de corrupción y falta de transparencia en la instrumentación de las licitaciones atadas al plan de créditos para el Desarrollo. Frente a estas observaciones, los funcionarios de las Naciones Unidas resolvieron frenar el envío de fondos y a la vez iniciar una auditoria para determinar la transparencia de las operaciones⁸³.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención. La idea de transformar los acuerdos internacionales en algo más que buenos deseos, apoyándonos en mecanismos multilaterales que garanticen el adecuado cumplimiento y aplicación de las disposiciones convencionales en los sistemas internos de los países, no ha sido fácil y ello por la dificultad de aplicar sanciones, situación típica del Derecho Internacional que se refleja en la ausencia de herramientas colectivas de fijación de estándares comunes.

En la actualidad, en un escenario global, cambiante y con nuevas dinámicas en las relaciones entre los Estados, aparece razonable el desarrollo de mecanismos para que los Estados cumplan con las obligaciones asumidas a partir de la firma de acuerdos internacionales. Basta con recordar los avances notables ocurridos en el ámbito de los Derechos Humanos, donde a partir de la cooperación internacional y el seguimiento de compromisos asumidos, se han conseguido resultados altamente positivos en la defensa de derechos básicos de las personas.

Hoy no existen dudas sobre la necesidad del seguimiento en la implementación de acuerdos anticorrupción, de hecho, algunos convenios contienen pautas de monitoreo, como la Convención contra el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE) y otros como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), donde las bases para los mecanismos de seguimiento surgieron a partir de recomendaciones de diversos países entre los que se encontraba la Argentina.

⁸²CNACA, Sala I: “Finmeccanica Area Alenia Difesa c/ E.N-M° de Defensa-Licitación Pública s/Mediada Cautelar, 6/11/1997”.

⁸³Diario Clarín del 18/08/2013, Estado y Transparencia pag. 9.

En la cuarta reunión del Comité de Expertos celebrada en octubre de 2003 los Estados reafirmaron “(...) *el compromiso de lucha contra la corrupción pasiva y activa, declarando que este mal constituye una amenaza a la seguridad de nuestros Estados y socava las instituciones públicas y privadas y la confianza en la sociedad, genera grandes daños económicos, compromete la estabilidad, erosiona el estado de Derecho (.....) Sus efectos se propagan hacia diferentes campos de la actividad de nuestros Estados, por lo que la cooperación, la asistencia judicial mutua, la extradición y la acción concertada para combatirla es un imperativo político y moral. Nos comprometemos a fortalecer el mecanismo de seguimiento de la CICC y apoyar la Convención de las Naciones Unidas sobre este tema*”.

3.2.- La normativa en el ámbito nacional:

En el ejercicio de la función pública nacional el sistema de incompatibilidades tiene sustento normativo legal o reglamentario, entre los podemos citar:

a) Normas sobre acumulación de cargos que generan incompatibilidades: art. 1º del Decreto N° 8566/61, art. 7 del Decreto N° 9677/61, art. 25 de la Ley N° 25164 y 44 del Anexo del Decreto N° 41/99;

b) Normas sobre conflicto de intereses: art. 7 Decreto N° 8566/61, arts. 23 y 41 del Anexo I del Decreto N° 41/99, arts. 2 inc, i) y 13 a 15 de Ley N° 25188 y arts 23 inc. k) y 24 inc. d) de la Ley N° 25164.-

Resultan de interés para el presente trabajo los artículos 23, 24 y 25 de la Ley N° 25164, sin embargo cabe aclarar que el análisis de los mismos se realizará al momento de analizar la normativa provincial por ser prácticamente idénticos con los artículos 23, 24 y 25 de la Ley Provincial L N° 3487.

A su vez la Ley N° 25188 (de Ética Pública) regula en los artículos 13, 14 y 15 situaciones de incompatibilidad ética que coinciden con las previsiones de la Ley N° 25164 (arts. 23º deberes y 24º prohibiciones).

El Decreto Nacional N° 8566/61 reafirma la incompatibilidad de aquellas personas que se desempeñen en más de un cargo o empleo remunerado dentro de la jurisdicción del Estado Nacional e incluye a quien tiene un cargo público con la percepción de

jubilaciones, pensiones y/o retiros civiles o militares provenientes de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal.

Sin embargo, el Capítulo II establece las excepciones al régimen de incompatibilidades, sujeto a determinadas condiciones que se deberán acreditar para que resulte procedente la compatibilidad, tales como que no haya superposición horaria entre ambos empleos, que se cumplan íntegramente los horarios de ambas jornadas laborales, que razones de distancia no impidan el traslado de un empleo a otro y que no se contraría ninguna norma ética, de eficiencia y disciplinaria para el ejercicio de la función.

Por su parte la Ley Nacional de Ética Pública N° 25188 establece una serie de principios y pautas que deben respetar quienes se desempeñen en un cargo o función pública, cualquiera sea el ámbito en el que lo ejerzan. Así el artículo 13 regula sobre incompatibilidades y conflicto de intereses, dicha norma es muy similar con lo regulado en materia de incompatibilidad en el artículo 19 de la Ley L N° 3550, por lo que será analizado conjuntamente con la normativa provincial.

3.2.1.- Ley N° 19550 los artículos 248, 264 y 310.

Cabe mencionar -por encontrarse vinculado al tema de estudio del presente trabajo- lo regulado en la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales, Sección V De la Sociedad Anónima que establece: No pueden ser directores ni gerentes: Art. 264 inc. 4°: *"Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad hasta dos años del cese de funciones"*.

En tanto, en la Sección VI de la ley citada "De la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria", establece en el Artículo 310: *Se aplican las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en el art. 264 excepto el inc. 4).*

De lo expuesto se desprendería que, en principio, para la Ley de Sociedades Comerciales no existiría incompatibilidad si un funcionario público se desempeña, al mismo, tiempo como directivo de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, en donde su cargo se vincula al objeto de la sociedad. Sin embargo, la doctrina ha entendido que la posible vinculación de un funcionario público, en razón del área en donde se desempeñaba, con el objeto que debe cumplir en una sociedad anónima, explican por sí

mismo el sentido de la incompatibilidad. Ello debido a razones de ética pública, transparencia en el ejercicio de funciones y evitar los posibles casos de corrupción⁸⁴.

Asimismo la Oficina Anticorrupción en un caso similar al aquí analizado expresó “(...) frente a una situación de incompatibilidad pueden surgir distintas posibilidades: a) que se encuentre alcanzada sólo por la Ley N° 25188; b) que se encuentre alcanzada por la Ley N° 25188 y por otra norma sobre incompatibilidades y c) que no se encuentre alcanzada por la Ley N° 25188, pero que sea incompatible con arreglo a otra ley específica. Una vez que la autoridad de aplicación de la Ley N° 25188 estableció que ésta se vería vulnerada por la designación de que se trata, el examen de otros dispositivos normativos es consecuencia de las respectivas autoridades (...). Ello, a fin de evitar convertir a este departamento de Estado en una instancia de supervisión de normas cuyo propósito y alcances son ajenos a la Ley de Ética Pública. Por lo expuesto no corresponde analizar en esta instancia la incompatibilidad prevista en el art. 264 inc. 4) de la Ley de Sociedades Comerciales⁸⁵.

En igual sentido se expresó la Fiscalía de Estado de la provincia de Mendoza, en el caso ya enunciado en el Capítulo III de este trabajo, al sostener: “Los regímenes de incompatibilidad aplicables en el presente supuesto (e independientemente de las remisiones conceptuales interpretativas) deben juzgarse a la luz de las normas provinciales que rigen la materia e independientemente de las previsiones que normas de fondo (como el art. 310 de la Ley N° 19.550) posean al respecto, toda vez que estando la misma relacionada directamente con el “empleo público”, es competencia de la Provincia en el marco de las disposiciones de los arts. 5 y 123 de la C. Nacional y 99 inc. 9 de la Constitución Provincial, por lo que se deberán analizar los alcances, fundamentalmente, de las previsiones de los arts. 13 y 39 de la C. Provincial y 14 inc. b) del Decreto Ley N° 560/73 y mod. Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia provincial al expresar que “(...)el régimen de incompatibilidades en el desempeño de las funciones de los agentes públicos -funcionarios y empleados- con dependencia de la Administración Pública de la Provincia, es materia de indudable contenido administrativo, y por tanto, su regulación cae dentro de las potestades correspondientes a los poderes locales”⁸⁶.

⁸⁴Roitman Patricio, (2006), *Ley de Sociedades Comerciales*, T° IV, La Ley, pag. 451.

⁸⁵Oficina Anticorrupción, Resolución OA/DPPT N° 141/00, Expte. N° 159.411/09 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en www.anticorruption.gov.ar.

⁸⁶Fiscalía de Estado de la provincia de Mendoza, Dictamen Citado.

También resulta de interés lo regulado cuando un socio tiene un interés contrario al social, al respecto el artículo 248 de la ley de sociedades establece *“El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”*.

A fin de determinar la existencia de conflicto de intereses en el voto a emitir por los accionistas en la asamblea, la noción de interés social, puede interpretarse como el interés objetivo común a los socios o conforme al fin social. Dicha noción se atañe al cumplimiento de las finalidades del contrato de realización existente entre los socios, por lo cual, cuando deba adoptarse una resolución imputable a la organización, es razonable que el socio deba supeditar su interés al interés general⁸⁷.

El conflicto de intereses afluye cuando la asamblea delibera sobre actos o contratos en los que el accionista y la sociedad se exhiben frente a frente como partes antagónicas. El interés del accionista comprende los intereses particulares (como tercero ajeno a la sociedad) que pueden ser contrapuestos al interés de la sociedad, entendido éste como interés diverso común a los accionistas. En la actuación societaria debe primar la buena fe y lealtad del socio hacia la sociedad, lo que tiene íntima relación con la salvaguarda del interés societario.

Distinto es pertenecer a otra sociedad. En efecto, no es raro observar que algunos accionistas lo sean de diferentes empresas y que, en el momento de emitir su voto en la asamblea de una de ellas, lo haga con la aviesa intención de perjudicarla en beneficio de la otra, una sociedad rival en donde posee un interés superior. Pero el interés contrario se producirá solo si el accionista intenta realizar su propio interés en perjuicio del interés social, pues no existe para el accionista ninguna prohibición de integrar otras sociedades o empresas, aunque fueran competidoras de la sociedad en donde podría ejercer el interés contrario⁸⁸.

⁸⁷Veron, Alberto Víctor, ((2012) *Ley de Sociedades Comerciales-Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada*, T° 2, pag. 976.

⁸⁸Corral Gustavo Vicente, (1997), “El Conflicto de Intereses en la Sociedad”, L.L. Pag. 1321.

3.3.- La Normativa Provincial:

3.3.1.- Ley L N° 3487- Estatuto General y Básico para el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Río Negro.

En la provincia de Río Negro la Constitución Provincial establece en el artículo 2 de la Sección Normas Complementarias *“Queda prohibido acumular, en una persona, dos o más empleos, aunque uno sea provincial y el otro u otros nacionales o municipales, con las excepciones que establece la ley”*. Queda claro que ya la norma constitucional prohíbe que una persona se desempeñe al mismo tiempo en más de un empleo o función pública.

En cuanto a la normativa provincial, la Ley L N° 3487 regula en los artículos 23, 24 y 25 sobre los derechos, prohibiciones e incompatibilidades de los agentes públicos.

Todos los agentes y funcionarios públicos tienen derechos a su favor que derivan del contrato de empleo público, pero a su vez, deben cumplir deberes y prohibiciones que encuentran también fundamento en aquél.

Éstas prohibiciones tienden a prevenir tanto incompatibilidades de tipo ético con determinadas tareas o empleos que el agente puede llevar a cabo o tener en el ámbito privado, como evitar situaciones de posibles conflicto entre intereses privados con el interés público que debe prevalecer en la gestión estatal.

Cabe aclarar que los denominados funcionarios políticos, se encuentran excluidos del Régimen de Empleo Público regulado en el citado Estatuto, conforme artículo 2 de la citada ley. Sin embargo, esta exclusión no torna inaplicable las normas sobre incompatibilidades o prohibiciones que el mismo contiene, ya que el fundamento de aquella norma responde a la necesidad de que esos funcionarios queden al margen de la estabilidad y del régimen disciplinario, por la propia naturaleza de las funciones que desempeñan y no de eximirlos de los deberes éticos inherentes a sus condición⁸⁹.

Este criterio fue sostenido ya hace varios años por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener *“(…) No es menos cierto, empero, que en cuanto concierne a deberes e incompatibilidades, las normas del estatuto son aplicables a las autoridades de las Empresas del Estado, por constituir las normas generales que rigen la materia, para*

⁸⁹Cassagne Juan Carlos, (1970), “La inhabilidad del funcionario público de las Empresas del Estado y la Nulidad de los actos violatorios de su régimen jurídico”. E.D, T° 33, pag. 641 y ss.

los agentes de la Administración Pública Nacional. La exclusión del inc. d) del art. 2 del estatuto, tienen como motivo la imposibilidad de aplicar un sistema disciplinario y de estabilidad que no se compadecen con la índole de funciones de los directores. Pero no sería juicioso pensar que esa exclusión significa permitir que el funcionario público responsable de una empresa del Estado, no cumpla con las obligaciones del art. 6 o se dedique a las actividades prohibidas del art. 7, dicho de otro modo, no implica tolerar que el director de una Empresa del Estado haga lo que tiene prohibido hacer un cartero de la Secretaría de Comunicaciones o un enfermero de la Secretaría de Salud Pública⁹⁰.

En el comentario a dicho fallo Jorge Docobo ha sostenido *“La exclusión en la aplicación de esas normas sobre incompatibilidad en el caso que se comenta, comprobaría que los modestos agentes de la carrera están dentro del régimen de incompatibilidades en la gestión de asuntos públicos y que los directores de los entes estatales tendrían la prerrogativa irrazonable de actuar contra la moral republicana. Sólo una deleznable interpretación que omite considerar la esencia del régimen republicano y la conducta que impone a todas sus autoridades, podría establecer esta inconciliable exclusión que por otra parte, se colocaría al margen de todos nuestros valores constitucionales⁹¹.*

Por ello, resulta indispensable la precisa delimitación de los diferentes regímenes jurídicos, máxime ante la tradicional separación de cierta clase de funcionarios, como aquella de jerarquía más alta (presidente, ministros, miembros congreso, jueces) quienes, si bien no escapan a rigurosas exigencias éticas, son regidos por el Derecho Constitucional y no por el administrativo y por ende están sometidos a diferentes sistemas de sanciones y de remoción⁹².

Como dijimos, los funcionarios políticos se encuentran alcanzados por ciertos deberes sustentados en las Ley N° 25.164 y en la Ley Provincial N° 3487, ya que se ha sostenido que éstos se encuentran obligados a comparecer ante la Administración a colaborar con un sumario formado en virtud del Decreto N° 1780/80, máxime porque en última instancia no están exentos de responsabilidad patrimonial o penal⁹³.

⁹⁰Sentencia “Lamas Emilio L c/ Banco Mercantil del Río de la Plata de Montevideo, publicada en “J.A.” T° 29 (1975).

⁹¹Docobo Jorge José, (1970), “Incompatibilidades del Personal Superior de las Empresas del Estado”, Jurisprudencia T° 7, Serie Contemporánea, pag. 728 y ss.

⁹²Caputi María Claudia, (2000), Ob. Cit., pag. 100.

⁹³Apestequia Carlos A., (1998), *Sumarios Administrativos*, La Rocca Bes. As., pag. 90 y ss.

En función de ello, cabe analizar los supuestos de incompatibilidad o conflicto de intereses contemplados en la Ley L N° 3487, que podrían resultar de aplicación al caso bajo análisis.

Así, el artículo 23 incisos k) y s) enumera entre los deberes del personal: *“Cumplir las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos y declarar actividades lucrativas de carácter profesional, comercial, industrial, cooperativista o de otra índole”* y *“Excusarse de intervenir en toda actuación o gestión que pueda originar interpretaciones de parcialidad o en la que estén involucrados sus intereses personales o los de sus familiares”*.

Por su parte, entre las prohibiciones de los agentes públicos el artículo 24 de la ley citada establece en los incisos b): *“Prestar servicios, remunerados o no, asociarse, dirigir, administrar, patrocinar o representar a personas físicas o jurídicas que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la administración provincial o municipal o que sean proveedores o contratistas de la misma”* y d) *“Mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por la dependencia o entidad en la que preste servicios”*.

En las prohibiciones antes mencionadas, se intenta evitar la incompatibilidad de tipo ético, que derivaría del hecho de que el agente se desempeñase en la Administración Pública y al mismo tiempo realice trabajos o acciones como los que se describen, sean remunerados o no en empresas o sociedades. El legislador ha entendido que, si esto ocurriese se vería afectado el desempeño eficaz del cometido público encomendado (inc. b). En tanto, en lo expresado en el inciso d) la voluntad del legislador ha sido evitar que el agente vea afectada su independencia de criterio y libertad de actuación al gestionar los intereses estatales, a raíz de la percepción de beneficios que allí alude.

Lo que se pretende, es evitar que el funcionario tome decisiones u ordene ejecutar actos que lo beneficien personalmente, y donde su objetivo y su criterio no estén influidos por intereses distintos que le impidan ejercer su labor con imparcialidad.

Finalmente el artículo 25 de la Ley L 3487 establece *“El desempeño de un cargo en la administración provincial es incompatible con el ejercicio de otro en el orden nacional, provincial, municipal o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, excepto la docencia en los términos que se reglamente”*.

La prohibición desempeñarse en más de un cargo público se encuentra prevista también en la Ley de Ética Pública (art. 19 inc. i), por lo que se analizará en el punto siguiente. Resulta entonces claro que en caso bajo estudio, el funcionario que a su vez es directivo de una sociedad del Estado, queda comprendido dentro de las incompatibilidades contenidas en el artículo 23 inciso k), artículo 25 y de las prohibiciones enunciadas en el artículo 24 inciso d) de la Ley L N° 3487.

A pesar que el Estatuto del Empleado Público prohíbe en forma expresa que una persona se desempeñe en más de un empleo público, existen numerosos casos en donde se ha infringido dicha normativa.

Es de interés mencionar una reciente resolución dictada por la Junta de Disciplina de los Empleados Públicos de la Provincia de Río Negro en donde se resuelve aplicar la sanción de Cesantía al agente José Darío Batalla por incurrir en incompatibilidad de cargos al desempeñarse al mismo tiempo en dos empleos públicos remunerados, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 23 inc. k) y 25 de la Ley L N° 3487, en concordancia con el artículo 19 inc. i) la Ley L N° 3550 y artículo 2 de la Constitución Provincial.

De los considerandos de dicho acto administrativo surge que *“Ha quedado acreditada en forma suficiente la materialidad de los hechos denunciados, es decir, que el agente sumariado ha incurrido en incompatibilidad de cargos al desempeñarse al mismo tiempo como Concejal Municipal de la localidad de Ingeniero Jacobacci y como Delegado del Registro Civil y Capacidad de la Personas dependiente del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Río Negro, percibiendo remuneración, adicionales y descuentos de ley, habiéndose realizado aportes jubilatorios por parte de la Municipalidad y el Ministerio de Gobierno entre diciembre de 2006 y mayo del 2009, en un clara situación de incompatibilidad prohibida por la normativa legal vigente en la materia. El sumariado realiza una errónea interpretación del concepto incompatibilidad puesto que la entiende como una simple superposición de horarios y considera que en su caso al no existir dicha superposición no existiría incompatibilidad. Analizado lo actuado la Junta por unanimidad resuelve aplicar al agente la sanción de cesantía”*⁹⁴.

⁹⁴Resolución N° 33”JD”, 08-04-2014, Expte N° 157149-G-2009: “Denuncia Presunta Irregularidad Laboral- Solicita Investigación contra agente Batalla Darío José”.

3.3.2.-La Ley de Ética Pública

La provincia de Río Negro sancionó en el año 2001 la Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad de la Función Pública con la finalidad establecer pautas éticas en el ejercicio de la función pública para el desempeño de cargos en el Estado Provincial⁹⁵.

El autor de la ley fue el legislador Eduardo Mario Chironi y en armonía con el contexto del momento, en los fundamentos vertidos en el Expediente n° 173/96 se refiere al flagelo de la corrupción y al intento de empezar a solucionar este problema con el proyecto que propone. Así explica que el proyecto “(...) trata de evitar que se privilegie el interés personal por sobre el interés público, a través de actos de corrupción, ventajas y venta de influencias en el proceso de adopción de toma de decisiones, los recursos y las facilidades oficiales (...)”. Define a la corrupción, expresando que es un problema que amenaza la legitimidad de los gobiernos y con relación a las incompatibilidades literalmente dice que “(...) Las incompatibilidades buscan asegurar la dedicación exclusiva de una función y la independencia e imparcialidad en la toma de las decisiones (...)”, para afirmar que el tema de las incompatibilidades ha sido siempre un motivo de preocupación.

La Ley de Ética Pública resulta de aplicación para todos los empleados y funcionarios de cualquiera de los tres poderes del Estado que presten servicios remunerados o no remunerados en el sector público provincial. Su ámbito de aplicación amplio, fue corroborado también por la Procuración del Tesoro al dictaminar “El ámbito de aplicación de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188 es amplio, a fin de comprender en sus alcances a todas las personas que de alguna manera ejercen funciones públicas, con independencia del tipo de organización adoptada para el cumplimiento de los objetivos de la organización en la que actúan⁹⁶.”

El capítulo II de la Ley regula lo relativo a la forma y plazo de presentación de las declaraciones juradas, sujetos comprendidos, contenido de las declaraciones, deber de información, sanciones en caso de incumplimiento etc.

Dedicando el capítulo III al tratamiento de las incompatibilidades enumerando el artículo 19 los distintos supuestos de incompatibilidades y conflicto de intereses que podrían plantearse en la

⁹⁵Ley L N° 3550 sancionada el 18/09/2001, publicada en el B.O. N° 3932 pag. 2.

⁹⁶ PTN, Dictamen 150 de fecha 21//6/ 2007, Expte. PTN N° 5548/06, Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, Dictámenes 261:362.

actividad pública, siendo de aplicación al presente estudio, los incisos:

f) “Mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el organismo en que se encuentre prestando servicios”;

h) Recibir cualquier tipo de ventaja con motivo u ocasión de sus funciones, así como aprovechar la función para obtener beneficios de cualquier tipo que no se encuentren previstos en la legislación específica;

i) Desempeñarse al mismo tiempo en más de un cargo o empleo público remunerado, cualquiera sea su categoría, característica y la jurisdicción en que hubiera sido designado.

Pese a la prohibición normativa antes expuesta, hemos podido advertir que tanto a nivel nacional como provincial, ha sido habitual la designación de una persona para que se desempeñe en más de un cargo o empleo público, esta situación suele generar numerosos conflictos sobre todo cuando uno de los empleos es realizado en una Sociedad del Estado. En cuanto a la incompatibilidad prevista en el inciso i) 'desempeñarse en más de un cargo remunerado', no analizaremos el supuesto de percepción simultánea de haberes por desempeñarse en más de un cargo, ya que la incompatibilidad surge patente de la normativa vigente.

Pese a dicha prohibición, siguen detectándose violaciones a la misma, tal el caso del diputado nacional por la provincia, Oscar Albrieu (FpV), que cobró doble percepción de ingresos durante 21 meses. A su jubilación como Juez, sumó el sueldo como integrante de la Cámara de Diputados. La situación fue detectada por el ANSES, que lo obligó a realizar la devolución⁹⁷.

Recientemente fue denunciado por doble percepción salarial el legislador provincial Bartorelli, cuya investigación se tramita en la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, por su cargo de legislador y ser al mismo tiempo prestador de la Obra Social Provincial (IPROSS). El Dr. Bartorelli pese a los cuestionamientos recibidos, continuó desempeñando su actividad de médico, facturando a la obra social de la provincia, algo que está prohibido y resulta incompatible con su cargo público, conforme lo establece el artículo 19 incs. e) e i) de la Ley Provincial de Ética Pública⁹⁸.

En cuanto a la incompatibilidad prevista en el artículo 19 inciso *f)* *mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades*

⁹⁷Publicado en el diario Río Negro de fecha 07/06/2013, titulado “Diputado Nacional Cobro doble percepción de haberes”.

⁹⁸Expediente N° 128/13 Fiscalía de Investigaciones Administrativa autos “Bartorelli s/ Investigación Preliminar”.

directamente fiscalizadas por el organismo en donde se encuentre prestando servicio, entiendo que era el supuesto en que se encontraban comprendidos los funcionarios que fueron designados como directivos de la empresa Edhipsa, ello en función de las competencias que les estableció la Ley de Ministerios N° 4002⁹⁹.

Este supuesto de incompatibilidad es similar al contemplado en el artículo 13 de la Ley 25188 que establece que 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 o que el cargo público o función pública desempeñada tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades.*

La Oficina Anticorrupción ha sostenido en casos precedentes, que la norma citada tiene por objeto prevenir que un funcionario pueda ver afectada su independencia de criterio y su imparcialidad, aunque de hecho tal afectación no ocurra¹⁰⁰.

El espíritu de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25188, como el de casi todas las normas que versan sobre conflictos de intereses, apunta a impedir que una misma persona esté en condiciones de incidir en una decisión que pueda beneficiarla.

Una situación de conflicto de intereses se configura en forma objetiva, con independencia de las intenciones del funcionario.

La Oficina Anticorrupción ha definido qué debe entenderse por 'competencia funcional directa', requisito o presupuesto legal para la configuración de una situación de conflicto de intereses. En ese sentido, sostuvo “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 esta relacionada con las dos primeras la competencia por materia y por grado, concluyendo *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*”.

⁹⁹ Ley de Ministerios N° 4002 sancionada el 21/11/2005 y publicada en el Boletín Oficial N° 4364, pag. 1.

¹⁰⁰ Resolución OA/DPPT N° 130/09 del 5 de agosto de 2009, del Ministerio de Seguridad y Derechos Humanos, en www.anticorruccion.gov.ar.

Teniendo en cuenta las previsiones de la Ley de Ética, 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. En relación a la extensión que debe otorgarse al término 'directa' sostuvo *“que corresponde referirla al nivel de proximidad de las competencias del funcionario respecto de los afectados por las decisiones que debe tomar. En términos técnicos se trata de la competencia en función del grado, es decir a la posición que el agente tiene en la estructura jerárquica del Estado y qué tipo de funciones y actos puede realizar o debe dictar en el ejercicio de su puesto”*¹⁰¹. La condición determinante de un conflicto de intereses radica, entonces, en la relación directa entre las decisiones actuales de los funcionarios y los beneficios que la empresa pueda obtener como consecuencia de las mismas.

Un claro ejemplo de dicha situación fue publicada recientemente en un diario de la zona, en donde se publicó *“El Secretario de Energía de Río Negro viaja al Mundial con fondos de la petrolera OPS”*, expresando *“Se pudo confirmar que el viaje del funcionario, de quien depende el área de Hidrocarburos, fue costado por OPS una empresa encargada de brindar servicios a empresas petroleras de la zona. Ante la consulta, el funcionario confirmó “que viajó a Brasil gracias a una invitación del Presidente de OPS, y agregó fue una invitación en calidad de amigos, que se desarrolló en el ámbito de mi vida privada, una cosa es la empresa y otra es un amigo”*¹⁰².

El viaje del Secretario de Energía a Brasil a ver partidos del mundial de fútbol pagado por una empresa, constituye una falta grave, que hace incurrir al funcionario en mal desempeño de sus funciones en los términos de la Ley N° 3550 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, por encuadrarse dicha conducta en el artículo 19 inc. h) que establece que es incompatible con el ejercicio de un cargo público *“recibir cualquier tipo de ventaja con motivo u ocasión de sus funciones, así como aprovechar la función para obtener beneficios de cualquier tipo que no se encuentren previstos en la legislación específica”*. El artículo 23 de la citada ley es más específico, prohíbe a los funcionarios *“recibir regalos, obsequios o donaciones, ya sean cosas o servicios, con motivo del desempeño de sus funciones”*.

¹⁰¹Resolución OA/DPPT N° 141/10, Expte. N° 159.411/09, del Ministerio de Seguridad y Derechos Humanos, en www.anticorruccion.gov.ar.

¹⁰²Diario Río Negro de 12 de agosto de 2014, pag. 10.

La denuncia ya se hizo pública, le corresponderá ahora a la Fiscalía de Investigaciones Administrativa investigar si la conducta del funcionario resulta contraria a la Ley de Ética Pública, pero en este caso, como en el caso bajo estudio, independientemente si la empresa OPS tuviera o no contratos bajo la órbita de la Secretaría de Energía, la falta del funcionario aún persistiría ya que aceptar favores de privados no le está permitido, porque pone en cuestión el equilibrio con que deben ejercer su función, debiendo tener la ley y el interés del Estado como única motivación.

Como dijimos los distintos supuestos de incompatibilidades que suelen plantearse en la actividad pública, no es un tema sencillo y no siempre se siguen los mismos criterios para resolver la cuestión. Tal el caso planteado por mediadores, peritos y otros operadores del sistema judicial, de encontrarse ante una presunta incompatibilidad en los términos de la Ley L N° 3550, por tener un empleo público y a la vez percibir honorarios del Poder Judicial. El conflicto se planteó en aquellos casos que el honorario (retribución o emolumento por el servicio de mediación) debía ser pagado por el Estado; ya sea por que el Estado es parte en el proceso de mediación, o porque alguna de las partes era carente de recursos y le había sido otorgado el beneficio de mediar y/o litigar sin gastos. En dicha oportunidad, los integrantes del máximo organismo judicial provincial, dictaron la Resolución N° 821 de fecha 27/11/2013 en donde por mayoría se pronunciaron por la existencia de incompatibilidad *“(…) al entender que con la actual redacción de la norma, sólo se puede tener una percepción por parte del Estado (con excepción del ejercicio de la docencia y siempre que no exista superposición de carga horaria), y no resulta relevante diferenciar su naturaleza jurídica (si es, o no, honorario profesional) para quedar comprendido en la incompatibilidad. La norma pretende evitar que los agentes públicos tengan otra ocupación rentada por el Estado, así se ofrece plausible el fundamento antes citado, al propender asegurar la independencia e imparcialidad de las decisiones (evitando conflictos de intereses)”*¹⁰³. En tanto el voto de la minoría, entendió que no se configuraba un supuesto de incompatibilidad *“debido a que los honorarios que perciben los mediadores, en los casos en que son solventados por el Fondo de Financiamiento creado por Ley N° 3847, no constituyen emolumentos o haberes por el desempeño de cargos en el Estado provincial, sino que resultan honorarios provenientes del ejercicio profesional liberal, independientes del cargo o empleo que el mediador pudiera tener”*¹⁰⁴.

¹⁰³Voto de los Dres. Piccinini Liliana, Apcarian Ricardo y Barotto Sergio.

¹⁰⁴Voto de los Dres. Zaratiegui Adriana y Mansilla Enrique.

3.4. Ley Provincial B N° 1829 - Derecho a la Información Pública.

Como dijimos, el tema de las incompatibilidades y los conflictos de intereses de los funcionarios públicos, se encuentra íntimamente relacionado con el deber de información y publicidad de la actividad gubernamental, ello tendiente a lograr una mayor transparencia y control en gestión pública.

El derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada.

En la provincia de Río Negro, el acceso a la información en poder del Estado tiene una expresa recepción constitucional y ha sido reglamentado por la Ley B N° 1829 que establece *“Los poderes públicos del Estado, sin perjuicio de información pública que producen por propia iniciativa, brindan toda aquella que se les requiera, de conformidad con los artículos 4 y 26 de la Constitución Provincial. El derecho de libre acceso a las fuentes de información pública puede ejercerlo toda persona física o jurídica, sin distinción de nacionalidad, radicada en la provincia, no siendo necesario indicar las razones que lo motivan”* (arts. 1° y 2°)¹⁰⁵.

La información que toda persona debe tener de los actos de gobierno está en la base misma de un sistema democrático, reconociendo su relación con la libertad de expresión y su rol en la lucha contra la corrupción gubernamental, al brindarse información adecuada sobre los actos de gobierno. Así lo destacó el juez Fayt en el caso "Verbitsky" al señalar que "la información condiciona la existencia y la actividad de cada sociedad y la participación resulta imposible sin ella"¹⁰⁶.

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra 'informar' significa 'enterar, dar noticia de algo'; ese algo equivale a dato, información, conocimiento. El dar noticia de algo es lo que interesa en la institución del derecho de acceso a la información pública.

¹⁰⁵Ley B N° 1829 sancionada el 07/06/1984 y publicada en el Boletín Oficial N° 2161, pag. 1.

¹⁰⁶Publicado en el E.D 133-839, con notas de Germán J. Bidart Campos y Daniel E.

Por su parte, el término 'público' puede entenderse en dos sentidos: uno se refiere a la puesta en conocimiento de los actos de gobierno a través de su difusión en una publicación oficial (por ejemplo en el Boletín Oficial) y, en otro sentido, la palabra 'pública' se refiere a la esfera de lo accesible al conocimiento de todos y también al ámbito de lo perteneciente a la cosa pública, a la comunidad. En ese sentido, 'será pública' toda aquella información que contenga asuntos vinculados directamente con funciones o cometidos públicos, o que sea de utilidad pública, o que se vincule al interés público, al interés de 'todos', de la colectividad. La información pública no es otra cosa que información relativa al público, al pueblo, la de utilidad común. Es pública aquella información que deriva su naturaleza de la vida en comunidad. En razón de la materia, esa información puede ser variada. Puede ser información vinculada a la economía, la política, la cultura, las finanzas públicas, el transporte público, el empleo público, etc.; derivadas de la vida en comunidad y que interesa a todos los miembros de la comunidad. Se trata una información que es consecuencia de la vida colectiva.

El acceso a la información configura un derecho individual y un derecho colectivo. En lo individual, el derecho a la libertad de expresión configura en su origen una manifestación vinculada con la autonomía de la voluntad y la dignidad de la persona. El derecho colectivo se funda en su función policial, que hace a un control institucional del ciudadano hacia cualquiera de los tres poderes y demás órganos extra poderes, encaminado a la rendición de cuentas públicas por medio de la publicidad de los actos de gobierno y a la transparencia. De esta manera la sociedad es la titular de recibir informaciones públicas.

Como todo principio general y como todo derecho fundamental presentan excepciones o limitaciones. Ya que puede ocurrir que determinada información en poder del Estado, contenida en registros, archivos, expedientes etc., deba mantenerse reservada o secreta y por ende excluida del derecho de acceso a la información, al menos temporalmente. Esta excepción, que debe tener una justificación objetiva y razonable, se prevé como garantía de la eficacia de ciertas políticas públicas o para evitar situaciones de ventaja de algunos detentadores de información privilegiada, que podrían utilizarla en beneficio propio y en perjuicio de la comunidad o bien en garantía de la intimidad e inclusive de la libertad y de la seguridad personal¹⁰⁷.

El principio de publicidad de los actos de gobierno fue receptado en numerosas oportunidades por la jurisprudencia nacional, así, la Cámara Nacional de Apelaciones

¹⁰⁷Lagarde Fernando M., (2007), "La Responsabilidad del agente público por violación de los deberes de transparencia, discreción y secreto", Rap, Bs. As., pag.830/831 (ps. 829/857).

en lo Contencioso Administrativo sostuvo que *“Si bien el principio de publicidad de los actos de gobierno está referido a la actividad normativa del Estado como una necesidad básica en el fortalecimiento de la seguridad jurídica, también se refiere a la necesidad de la ciudadanía de conocer lo realizado por el gobierno permitiendo un debido juzgamiento al momento de ponerse en juego la permanencia en el poder del grupo gobernante. De allí que exista una necesidad propia del Estado de dar a conocer las realizaciones de la obra de gobierno y para ello, la vía no es otra que la de la prensa escrita, radial y televisiva, por lo que no resulta un dispendio la actividad que realiza para difundirla, de modo que la población pueda conocer el modo en que se emplean los fondos públicos”*¹⁰⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se pronuncia sobre dicho principio en el fallo ADC c/ Pami cuando dice: *“En la especie, el deber de información exigido por los jueces de la causa no tiene fundamento en la naturaleza jurídica de la institución, pues la decisión impugnada con cita de precedentes de este tribunal no discute la calidad no estatal del PAMI. El a quo consideró aplicable el decreto 1172/03 en forma supletoria porque la información solicitada es pública así como son públicos los intereses que el demandado desarrolla”. “(...) Que, sentadas las bases de la discusión, el tratamiento de este tema constitucional exige algunas aclaraciones sobre el significado y amplitud del referido derecho de 'acceso a la información', a efectos de demostrar que, aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática”*¹⁰⁹.

Del concepto de 'información pública' así entendido, deriva que el administrado, ya sea persona física o jurídica, para cuestionar la negativa del poder público a brindarle la información solicitada, no necesita más que acreditar que se trata de una información que es de interés de la comunidad y que no está restringido o reservado.

¹⁰⁸ CNACA “Editorial Perfil S.A. y Otro c/E.N. Jefatura de Gabinete de Ministros- SMC s/ Amparo Ley 16.986, del 10/02/09.

¹⁰⁹CSJN, autos "Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI- (dto. 1172/03) s/ Amparo ley 16.986". Bs. As. 04 diciembre 2011.

La finalidad de este derecho es permitir a los ciudadanos controlar la corrupción y mejorar la eficacia de los gobiernos. De ahí que todos los órganos estatales y hasta las empresas privadas que cumplen funciones públicas, están obligados a responder las eventuales consultas de la población.

Las autoridades públicas plasman sus decisiones en actos de gobierno, formalizados a través de instrumentos jurídicos, tales como actos administrativos, leyes, decretos, resoluciones, memorandums y sentencias, entre otros, siendo su finalidad, poner a los ciudadanos en conocimiento de las decisiones adoptadas por los distintos niveles de gobierno y determinar el momento a partir del cual comienzan a producir sus efectos. Así, esa publicidad funciona, además, como una vía de control de los actos de gobierno, para garantizar a los administrados el correcto ejercicio de la función pública de quienes han asumido la responsabilidad de desempeñar tal tarea¹¹⁰.

La Procuración del Tesoro de la Nación, ante la consulta formulada por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) sobre la publicación de las decisiones recaídas en determinados casos en las que la Argentina era parte, sostuvo: *“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 aquéllos, de su contenido, de su gestación y de concreción, para ejercer el control de poder que compete. En igual sentido, Sagües fundamenta la necesidad de publicidad por una parte, en la responsabilidad de los funcionarios, que exige el conocimiento de su gestión política y por la otra, en la libertad política que impone a los gobernantes subordinar sus potestades al control de los ciudadanos, lo cual requiere que se conozca qué hacen y como lo hacen; y también en razón del principio de la participación política, que necesita de la cooperación de todos en la vida pública”*¹¹¹.

La CIDH en la causa “Herrera Ulloa v Costa Rica” (del 2/07/2004), sostuvo que *“(…) una sociedad bien informada es una sociedad libre, el derecho a la libre expresión y acceso a la información hacen notoria la importancia de la transparencia de las actividades estatales, la que favorecen a su vez el control ciudadano. Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión por lo que es indispensable que tengan acceso a diversas informa-*

¹¹⁰STJBS, “Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur c/ P.E. s/ Acción de Inconstitucionalidad”, 29/10/2004.

¹¹¹Sagües, Néstor Pedro, (1997), *“Las Leyes Secretas”*, Ed . Depalma, Bs. As. 1977, págs. 57 y ss.

ciones y opiniones, una sociedad informada robustece el debate público”.

También expresó “(...) El actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal, que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.”¹¹².

En la actualidad no existen dudas que en todos los procedimientos que lleve a cabo la Administración Pública debe estar presente la publicidad de dichos actos. El carácter público del procedimiento de selección y durante la ejecución del contrato, por ejemplo, es un rasgo esencial de la contratación pública y de la actividad administrativa en general. La publicidad y difusión han sido expresamente previstas como un principio general, al que debe ajustarse la gestión de las contrataciones.

La obligación de publicitar los procedimientos fue receptado en la provincia de Río Negro a través de la Ley N° 3641, sancionada el 30/05/2002, que establece que la Provincia de Río Negro publicará en la página 'www.rionegro.gov.ar.', todas las licitaciones públicas, privadas y concursos de precios o contrataciones directas, en todas sus etapas.

Como manifestamos en el punto 3.1 de este capítulo, el principio amplio de publicidad durante los procesos de contratación, ha sido contemplado además por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cuyo artículo III, apartado 5, establece la obligación de implantar 'sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas'. Más recientemente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 26.097, también ha previsto sistemas de prevención estableciendo que en “esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente

¹¹²CIDH “Marcel Claude Reyes y Otros v/Chile, sentencia del 19/09/2006.

u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación”.

Este principio fue receptado por el Superior Tribunal de Justicia de Mendoza al resolver *“Y también podemos afirmar que la publicidad republicana de los actos de gobierno en general, y de la gestión administrativa en especial, que facilita el control público de los procedimientos tendientes a la formación de la voluntad administrativa, adquiere particular relevancia cuando se trata de los trámites previos a la contratación pública como ocurre en el caso de autos. Tanto es así, que la participación pública y abierta en la elaboración de todo tipo de reglamentos es hoy obligatoria a nivel de la Administración Pública Nacional en razón del Dec. 1172/2003”*. *“(…) La presencia de mecanismos de participación pública en la elaboración de las normas de efectos generales, ha sido considerada implícita desde hace ya tiempo, por la doctrina en la Constitución Nacional. Queda claramente establecido que la publicidad, la participación y los controles constituyen mecanismos de indudable eficacia a la hora de procurar enfrentar el grave problema que nos aqueja en la gestión de los intereses públicos”*¹¹³.

Por su parte, nuestro máximo tribunal judicial sostuvo: *“Es principio de la actuación del Estado, derivado del sistema republicano de gobierno, la responsabilidad de la autoridad pública, teniéndose como una de sus consecuencias la publicidad de sus actos para aguzar el control de la comunidad y, en especial, de los posibles interesados directos, quienes podrán efectuar las impugnaciones que el ordenamiento permita. No existiendo en la causa razones de orden público previamente declaradas (cf. art.4 Leyes 1829 y 3441) que justifiquen negar al peticionante la información referida a la evaluación de su postulación y del puntaje obtenido en la misma, tal negativa significaría violar principios esenciales que hacen al sistema republicano que nos rige, y que presupone la publicidad de los actos de gobierno, y privarlo eventualmente de ejercer los recursos que la legislación ordinaria prevé”*¹¹⁴.

Finalmente, cabe mencionar un reciente fallo que hizo lugar a la acción amparo interpuesta por una periodista de la Editorial Diario Río Negro contra el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, donde se dispuso se dé cumplimiento inmediato del

¹¹³STJM, Expte N° 88.975 “Intendente de la Municipalidad de Santa Rosa c/Honorable Concejo Deliberante del Departamento de Santa Rosa s/ Acción”, 08/07/2008.

¹¹⁴STJRN autos: “Laurrolet Néstor s/ Mandamus” Expte. N° 16014/01-STJ, 29/08/2001.

deber de información omitido, haciendo entrega del listado completo de los Magistrados, Funcionarios y empleados que perciben o percibieron los adicionales MIG, en todas las circunscripciones Judiciales, consignando nombre, cargo, monto, concepto y remuneración total.

Para así resolver tuvo en cuenta en primer término el dictamen de la Procuradora General quién dictaminó que “(...) *se debe hacer lugar a la presentación efectuada y brindar la información requerida conforme lo dispone el artículo 1º de la Ley B N° 1829 y los artículos 4 y 26 de la Constitución Provincial, ello porque en el presente caso se encuentran reunidos los presupuestos para hacer lugar a la acción intentada, debiendo otorgar en su totalidad la información requerida, sin distinción alguna entre magistrados, funcionarios o empleados judiciales, en tanto no existe afectación alguna a la privacidad, ni se trata en el caso de datos sensibles en los términos de la Ley Nacional 25.326*”.

Luego, con el voto de la mayoría, el máximo tribunal judicial expresó: “El derecho a la información pública se encuentra previsto en los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Declaración Americana de Derechos Humanos. “(...) retacear el derecho a informarse y a informar sería ocultar al soberano -el Pueblo- las maneras con que los mandatarios ejecutan sus obligaciones legales y constitucionales, sería impedir la crítica de la opinión pública, menoscabar la vigilada responsabilidad con que los funcionarios cumplen sus diarias labores sabiéndose controlados y evaluados a través de los múltiples canales de la comunicación ciudadana”¹¹⁵.

La publicidad de los actos de gobierno resulta ser entonces una obligación para todos los que desempeñan funciones públicas, ello a fin de garantizar la mayor transparencia en su gestión, sin embargo, como lo expresa el Dr. Manuel Garrido en la entrevista realizada “*La Argentina adeuda una ley nacional de acceso a la información pública. Junto a Venezuela, Bolivia, Honduras y Costa Rica, somos los únicos países de la región que no cuentan con una norma que regula a nivel nacional el derecho humano de acceder a información del Estado. La sanción de esta ley es un requisito para la construcción de instituciones transparentes y para darle credibilidad y legitimidad a las decisiones*

¹¹⁵STJRN autos: “Miller Alicia c/Poder Judicial de Río Negro s/ Mandamus” Expte.Nº 26211/12-STJ, sentencia Nº 26.

públicas. La luz pública reduce la discrecionalidad y permite un mayor control ciudadano y de los organismos de control”¹¹⁶.

¹¹⁶Garrido Manuel, Entrevista realizada el día 05-11-2014, pag. 114.

CAPITULO IV

4.1.- El caso especial de los Directores de EDHIPSA

En el caso bajo estudio se trata de determinar si los Secretarios de Minería e Hidrocarburos y de Control de Gestión de Empresas Públicas incurrieron en conflicto de intereses en los términos establecidos en el artículo 19 inc. f) de la Ley L N° 3550 o en la prohibición contemplada en el artículo artículo 24 inc. d) de la Ley L N° 3487, al desempeñarse al mismo tiempo como directivos de la Empresa de Desarrollo Hidrocarburífero Provincial Sociedad Anónima (EDHIPSA).

En función de la normativa transcrita, resulta necesario analizar cuáles eran las funciones de dichos Secretarios dentro de la estructura de la Administración Pública Provincial, su relación con la empresa estatal y el rol que éstos desempeñaban como directivos de la empresa.

La Ley de Ministerio N° 4002 estableció en el artículo 20 entre las competencias del Ministerio Producción a través de la Secretaría de Hidrocarburos, estaban: inc. 4) “*Entender en la determinación de objetivos y políticas sobre los recursos naturales* mineros e hidrocarburíferos e inc. 23) “*Entender en la vinculación y gestión de los siguientes organismos: (...) la Empresa de Desarrollo Hidrocarburífero Provincial Sociedad Anónima (EDHIPSA)*”.

En tanto, el artículo 22 de la citada ley, estableció entre las funciones de la Secretaria de Estado de Control de Gestión de Empresas Públicas, lo siguiente: en el inc. 3) “*Supervisar la gestión y administración de las sociedades del Estado y/o anónimas en las que la provincia tenga participación accionaria*” y en el inc. 9) “*Regular la participación accionaria o de capital de las empresas donde el Estado Provincial sea socio o titular de dichas acciones o del paquete accionario*”. De acuerdo a lo expuesto, era competencia de ambos secretarios fiscalizar el funcionamiento y la gestión de la empresa EDHIPSA.

En el presente caso, dichos funcionarios revestían el carácter de presidente y vicepresidente de Empresa de Desarrollo Hidrocarburífero de la Provincia (EDHIPSA), función que implica administrar y dirigir la sociedad. En toda sociedad, el titular del órgano de administración es el presidente del directorio, siendo a su vez el

representante legal. El órgano de administración es quien desempeña la actividad societaria a través de la gestión de sus miembros. El directorio, en la sociedad anónima, es el órgano necesario y permanente que tiene a su cargo la tarea de administrar y llevar a cabo, en el ámbito externo e interno los negocios de la sociedad. El directorio tiene a su cargo la función de gestión y representación, tarea que significa la coordinación, organización y ejecución tendiente a cumplir el objeto social en concurrencia con los restantes miembros que integran el órgano¹¹⁷. Las funciones que deben cumplir el presidente y vicepresidente en su carácter de directivos de la sociedad, implica el ejercicio de poderes y el cumplimiento de deberes para el desarrollo de la actividad necesaria, para el debido logro del objeto social y esa actividad tiene una pluralidad de cometidos que van desde lo relacionado con la organización social, contable y hasta actos de publicidad¹¹⁸.

Lo que está demostrado, es que esas funciones y/o obligaciones fueron asumidas por ambos Secretarios dentro del Directorio de la Empresa EDHIPSA. Obligaciones que surgen claramente del Estatuto de la Sociedad Anónima, no solo por su condición de directores, sino más aun por su calidad de presidente y vicepresidente, arts. 19, 26 y concordantes del Estatuto de EDHIPSA, que establecen las facultades y deberes del presidente, y en su caso, del vicepresidente y los derechos y obligaciones de los accionistas¹¹⁹.

Como ya dijimos, la sociedad EDHIPSA tiene por objeto: a) Ampliar las reservas de petróleo y gas y el incremento de la producción; el progresivo procesamiento de la misma dentro del territorio provincial y el acrecentamiento de la renta petrolera provincial; b) Realizar por sí o por concesiones o asociaciones con el sector público o privado la exploración, explotación, transporte, industrialización y comercialización de los hidrocarburos o subproductos en cualquiera de los conceptos que la provincia obtenga o reciba; c) Determinar las zonas en las que sea de interés promover las actividades regidas por la Ley de Hidrocarburos; d) La enumeración que antecede no importa la limitación de otras actividades que tengan relación directa o indirecta con el objeto de la sociedad o que de algún modo contribuyan a su concreción¹²⁰.

A ello hay que agregarle que en diciembre de 2006, el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 26197 que dispuso en el artículo 2 que *“las provincias asumirán en*

¹¹⁷Gagliardo Mariano, (2001), “El Perfil de un Director de Sociedad Anónima”, La Ley- F-1351, pag. 739.

¹¹⁸Fargosi Horacio P., (2001), “EL vínculo Director-Sociedad Anónima”, La Ley-A-883, pag. 735.

¹¹⁹Estatuto de la empresa EDHIPSA aprobado por Decreto N° 967/95 y publicado en el Boletín Oficial N° 3286 de fecha 17-08-95.

¹²⁰Ley K N° 2883 artículo 4, sancionada el 30/06/1995 y publicada en el Boletín Oficial N° 3276 pag. 1.-

forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas, quedando transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos, así como cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional en uso de sus facultades, sin que ello afecte los derechos y las obligaciones contraídas por sus titulares”.

Esto derivó en la sanción de la Ley Q N° 4296 por el cual la provincia de Río Negro reafirmó el pleno ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encuentran ubicados en su territorio, en el marco de las Leyes N° 17.319 y N° 26.197. El artículo 3 de la citada ley, estableció que el Ministerio de Producción y/o el organismo que lo reemplace, sería la autoridad de aplicación de la ley, facultándolo para reglamentar y regular sobre todas las materias que le competen como autoridad concedente con arreglo a lo previsto en la Ley Nacional N° 17.319, sus modificatorias y complementarias, en especial: **a)** determinar las zonas de la provincia en las cuales interese promover las actividades regidas por esta ley, **b)** anular concursos, **c)** ejercer en forma plena e independiente las actividades de control y fiscalización y ejercicio del poder de policía sobre toda la actividad hidrocarburífera, **d)** establecer los procedimientos de constitución de servidumbres y fijar las compensaciones y actualizaciones reconocidas a los propietarios superficiarios, **e)** declarar la caducidad y/o nulidades de los permisos y concesiones, indicando que la presente enumeración es meramente enunciativa.

De acuerdo al objeto social de EDHIPSA y las funciones que debían cumplir estos funcionarios como fiscalizadores y/o supervisores de la sociedad y al mismo tiempo como integrantes del Directorio, nos permite concluir que existía conflicto de intereses derivada de la calidad de controlantes y controlados de ambas funciones.

Ello porque no resulta ajena la circunstancia de que las decisiones que adoptaran éstos funcionarios en su calidad de controlantes o fiscalizadores de la sociedad, iban a influir para bien o para mal en dicha empresa, ya que ha quedado demostrado que había máxima proximidad (responsabilidad funcional directa) entre los cargos desempeñados y la actividad desarrollada por la sociedad hidrocarburífera provincial, tanto en lo referente a la materia de que trata como en lo que hace al grado.

Cabe recordar que durante los años 2006 y 2007 la provincia de Río Negro llamó a Concurso Público Nacional e Internacional destinado, a la calificación y selección de empresas petroleras para el otorgamiento de permisos de exploración y eventual explotación, desarrollo, transporte y comercialización de hidrocarburos en la provincia de Río Negro, estando a cargo del Ministerio de Producción, a través de la Secretaria de Hidrocarburos, la elaboración de los pliegos de bases y condiciones y el análisis de las ofertas de las empresas que participaron del proceso licitatorio, entre las que se encontraba la empresa provincial EDHIPSA.

Las actividades comerciales de esta empresa son importantes, dado que cuenta con áreas de exploración y explotación concesionadas, generalmente en sociedad con otras empresas o conformando UTEs. En el período bajo análisis, tenía varias áreas concesionadas, y en las que figuraba como única empresa, podemos citar 'Puesto Zúñiga', 'Angostura Norte', 'Cerro Manrique' y 'Bajo Hondo'.

Por otra parte, y como lo sostuvo la Dra. Piccinini en su entrevista, (...) *la empresa EDHIPSA se encontraba en una situación privilegiada con respecto al resto de las empresas que operaban en el mercado hidrocarburífero, por la 'información estratégica' que sin duda manejan los miembros de su Directorio. De hecho, el vicepresidente de la empresa era Jefe del Área de Hidrocarburos de la Provincia, órgano de aplicación de toda la legislación hidrocarburífera supranacional, nacional y provincial. Ese funcionario era el que dictaminaba sobre la factibilidad o no de todas las operaciones que tienen que ver con la exploración, extracción y explotación del recurso. Aquí, sin duda, además del plexo normativo violentado, se estaría violando la propia Constitución Nacional, en su artículo 16 que establece la igualdad ante la ley*¹²¹.

Sirve para corroborar lo expuesto lo dispuesto en el Decreto Provincial N° 1396/07¹²², a través del cual se le asignó a la empresa EDHIPSA el Área de exploración 'Puesto Morales Este', con el objeto de realizar trabajos de exploración y eventual explotación de hidrocarburos. De acuerdo al artículo 2 del citado decreto, la autoridad de aplicación era la Secretaría de Minería e Hidrocarburos, quien debía controlar y fiscalizar los trabajos de exploración y explotación que la empresa estatal realizará. En caso que ésta tercerizara los trabajos, la Secretaría debía supervisar y determinar las condiciones de contratación, debiendo asimismo, prestar conformidad a la misma. Queda claro entonces que se superponía la tarea

¹²¹ Entrevista Dra. Ana Piccinini, Legisladora Provincial, pag. 107.

¹²² Publicado en el Boletín Oficial N° 4618 de fecha 7/12/2007 pag. 2.

de control y supervisión con la de administración que realizaban estos funcionarios en la empresa controlada.

Hemos dicho que hoy la sociedad demanda transparencia en los actos de gobierno, eficiencia y claridad en los procesos de decisiones públicas, todo ello a fin de evitar actos de corrupción.

Un estudio llevado a cabo por Transparencia Internacional en el año 2000 reveló que entre las áreas de gobierno más afectadas por la corrupción están: los servicios públicos, las licitaciones y adquisiciones públicas, la recaudación de ingresos públicos y la designación de funcionarios¹²³.

Sabemos que la contratación pública es un sector de la actividad administrativa tradicionalmente sospechado. Muchas veces, las licitaciones son decididas por el funcionario de más alta jerarquía que tiene un interés directo en el tema. Este interés no tiene por qué ser necesariamente antiético aunque sea igualmente incorrecto. Así, si el ministro no tiene interés directo, pero sí lo tiene el secretario, es este último quien efectivamente decide, por ello resulta interesante la propuesta del Dr. Mairal de encomendar el manejo e implementación de las contrataciones a funcionarios de carrera y crear un cuerpo especializado destinado a realizar todas las contrataciones que debe realizar el Estado. Sostiene que con ello se obtendrían varios beneficios: a) se facilitaría el control al disociar la implementación del gasto de los cargos políticos; b) la disociación reduciría el gasto público ya que eliminaría o dificultaría aquellas contrataciones cuyo principal propósito es recaudar fondos para el funcionario que resuelve o para su partido político. Además, la disociación contribuiría a depurar a los partidos políticos, ya que el acceso a cargos electivos no aseguraría el manejo de recursos públicos y con ello a los políticos que sólo ingresan a la administración para hacer fortuna y c) se facilitaría el control al hacer transparente la responsabilidad de los funcionarios de carrera al decidir las contrataciones¹²⁴.

El derecho de los ciudadanos a conocer cómo contratan las instituciones del Estado, la obligación de éste de mostrar y responsabilizarse por sus actos, ser controlado, sometido a escrutinio público y desarrollar el ejercicio de sus competencias en relación con las contrataciones administrativas de un modo transparente, son cuestiones vistas como

¹²³ Informe de Transparencia Internacional a través de la ONG Poder Ciudadano, publicado en el diario Clarín (21/10/2002).

¹²⁴ Mairal Héctor, (2007), *Las raíces legales de la Corrupción*, Ediciones Rap, pag. 78.

privilegiados modos de fortalecer la gobernabilidad, al permitir confianza pública en la actuaciones de los órganos estatales¹²⁵.

A fin de procurar que la contratación no sea un instrumento para burlar el interés público, no hay duda de que la transparencia en los procedimientos que proceden a la celebración de los contratos juega un rol fundamental.

Resulta importante traer a colación un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual estaba en tela de juicio la validez de una contratación en la que se había exceptuado la realización de subasta pública, en donde se resolvió “que no se había respetado el principio de contratar al precio más conveniente y razonable, por lo que se estaba en presencia de un acto administrativo irregular y por ende susceptible de ser revocado”. En los fundamentos a dicho fallo se sostuvo “(...) *todo supuesto de exención de subasta pública obliga con mayor razón a justificar en las actuaciones la relación entre el precio de los bienes y servicios contratados y los de plaza y a explicar en su caso, por qué aquel difiere de éstos (...) mantener la reserva sobre determinadas operaciones del gobierno, sólo rige respecto de ciertos actos indispensables para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correlativo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales se decide y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias, entre ellas, la de contratar (...) aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos*”¹²⁶.

Para garantizar una mayor transparencia e igualdad entre los participantes en concursos y licitaciones públicas, resulta fundamental reducir la discrecionalidad administrativa en la selección de contratistas. La discrecionalidad absoluta de la Administración favorece la corrupción, dado que la libertad para adjudicar o declarar desierto un concurso significaría un arma formidable en manos de la Administración para librarse de empresarios disidentes o de posturas críticas hacia altos funcionarios poco dóciles a caer en conductas corruptas o antiéticas.

Resulta entonces, necesario reducir al máximo la discrecionalidad en la selección del universo de oferentes y en la adjudicación, empleando criterios lo más automáti-

¹²⁵ Rejtman Farah Mario, (2010), Ob. Cit. pag.125 y ss.

¹²⁶ CSJN “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, E.D. T° 177 ps. 749 y ss.

cos posibles sea para seleccionar a los oferentes o para adjudicar la licitación. Una selección de oferentes admisibles con pautas claras y realistas es preferible a un método de puntaje que siempre encierra un cierto grado de arbitrariedad. En tal sentido, una adjudicación basada en el precio más bajo será siempre más transparente que otra en la cual el precio es solo uno de los elementos de juicio tenidos en cuenta junto con otros impreciso o totalmente subjetivo.

Cabe mencionar que la Oficina Anticorrupción ha participado, ya sea a pedido de algunos organismos o por iniciativa propia, en numerosos procedimientos de contrataciones públicas en calidad de veedores, llevando a cabo un monitoreo de todas sus etapas vulnerables. La finalidad de esta práctica, ha servido para prevenir actos de corrupción y corregir prácticas poco transparentes, ya que además de regular el procedimiento, colaboran en la preparación de los pliegos de bases y condiciones, a los que posteriormente deberán someterse tanto la Administración como el contratista, y cuyo examen minucioso redundara en beneficio de ambos. Entre sus recomendaciones más habituales se encuentra la de ampliar la difusión del llamado, celebrar reuniones con los potenciales oferentes o interesados a fin de recoger los datos que al respecto pueda brindar el mercado, asegurando la mayor concurrencia posible, evitando un eventual direccionamiento de los pliegos, a través, por ejemplo de especificaciones técnicas, asesorando respecto al trámite del procedimiento como criterios de selección, procesos de evaluación, términos y condiciones de los contratos y sus enmiendas etc., todo ello en resguardo de la transparencia¹²⁷.

La experiencia indica que existen con frecuencia circunstancias en las que hay más oportunidades para vulnerar el principio de transparencia, tanto en el procedimiento de selección como al momento de resolverse la adjudicación o durante la ejecución del contrato, dadas las cuales se presenta un mayor grado de riesgo de que éste no sea respetado. Las posibilidades de que en tales ocasiones se incurra en actos que puedan lesionarlo son altas -señala el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE- las contrataciones públicas suponen un proceso largo y a veces complejo, por lo que los riesgos de falta de transparencia se dan desde los pasos iniciales, al tener que resolver qué proyecto es necesario o al momento de formular las especificaciones, incluyendo la convocatoria a la licitación, la adjudicación, la ejecución del contrato hasta su recepción definitiva¹²⁸.

¹²⁷Rolleri Gabriel, (2009), “El Control Preventivo de la Oficina Anticorrupción en la contratación de bienes y servicios”, en Cuestiones de Control de la Administración Pública, Rap, pag. 618, (ps. 615/627).

¹²⁸Rejtman Farah, Ob. Cit., pág. 147

Para la efectiva vigencia de la ética en el sector público el artículo 2 incs. a), b) y e) de la Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública, impone a los funcionarios públicos la aplicación de los principios de idoneidad y honestidad para el desempeño de cargos, el derecho a la información de la ciudadanía y la garantía de mayor transparencia, registro y publicidad de los actos públicos. Es por ello que resulta un deber de todo funcionario público desempeñar su función de acuerdo a los principios éticos de imparcialidad, transparencia, diligencia, publicidad, moralidad etc.

El actuar conforme a dichos principios fue reiterado desde antaño en varios fallos judiciales al sostener que *“(...) obedece a un principio general de Derecho Constitucional y Administrativo según el cual los funcionarios públicos no pueden recibir beneficios que comprometan la moral pública del cargo (art. 19, Constitución Nacional). Por ello, el que obtuvieron los actores resulta inconciliable con la función pública por ellos ejercida. Aquella prohibición descansa en una razón de orden ético, que no puede interpretarse extraña al sistema jurídico general que rige la función pública argentina*¹²⁹.

En función de lo expuesto, entiendo que formar parte del directorio en sociedades a las que se debía controlar y sumado el hecho de que la empresa Edhipsa participó en procesos licitatorios junto con otras empresas, afectó la igualdad de tratamiento entre los oferentes, la libre concurrencia ante la sospecha de posibles ventajas a dicha empresa, como así también, la imparcialidad e independencia de criterio.

Es necesario intensificar los controles y en su caso hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos, especialmente de los funcionarios de mayor jerarquía, no solo para evitar que la comunidad cargue con los daños producidos por éstos, sino también con el fin de ejemplificar y desalentar el acceso a la función pública de personas sin idoneidad, deshonestas o simplemente desaprensivas en el manejo de los bienes públicos, al punto de no interesarles los daños que su conducta activa u omisiva produzca a la hacienda pública¹³⁰.

El principio de responsabilidad de los funcionarios públicos es una de las características fundamentales del gobierno representativo y es de la esencia que todos los funcionarios públicos se desempeñen según normas obligatorias que rijan su conducta y que

¹²⁹CSJN, “Perez Sanchez Luis c/Sindicatura General de Empresas Públicas”, L.L., T° 1998-C, ps. 357 y ss.

¹³⁰Herrera de Villavicencio Blanca, (2007), “Responsabilidad de los funcionarios por daños a la hacienda pública en Tucumán” en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, RAP pag. 84, (ps. 83/98).

respondan por las consecuencias de sus actos u omisiones, pues ejercen la función en nombre del pueblo, fuente exclusiva de soberanía¹³¹.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos, el Superior Tribunal de Justicia Provincial, dijo: “Avanzando en esta línea de pensamiento hasta la actualidad, entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “(...) *las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático*”. En una sociedad democrática, los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza y los funcionarios deben rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”¹³².

Sin lugar a dudas, la responsabilidad de los funcionarios públicos, y en especial la responsabilidad patrimonial administrativa, son un pilar fundamental en la lucha por la transparencia del actuar administrativo.

Ninguna reforma legal es suficiente, por sí misma, para garantizar una contratación legítima y transparente. No es exclusivamente cambiando leyes que se modifica la práctica, ello no significa restar peso específico al ordenamiento jurídico para afianzar la vigencia del principio de transparencia. Resulta importante atender otros aspectos, entre ellos, los vinculados al control en general, al presupuestario, los relacionados con la rendición de cuentas, la coordinación de las políticas públicas llevadas adelante para hacer efectivo el principio, la implementación de medidas preventivas para evitar actos que vulneren el principio y su efectiva operatividad, contemplar un régimen sancionatorio amplio y general, pero, sobre todo que funcione efectivamente el establecimiento de responsabilidades civiles, administrativas y penales de quienes violen este principio¹³³.

¹³¹Griselda Picone, (2003), “Los órganos de control del sector público y la responsabilidad patrimonial de los funcionarios”, en Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos, Rubinzal Culzone, Bs. As., pag. 90, (89/114).

¹³²STJRN “Rébora Tomás Armando s/Queja en: Incidente de excepción de litispendencia y falta de acción en autos: “Ferrería, Jorge C. c/Rébora Tomás A. s/Querella” Sentencia N° 207/2009.-

¹³³Rejtman Farah Mario, (2010), Ob. Cit., pag. 144.

Si bien en la provincia de Río Negro no existe un Código de Ética como en el orden nacional, los principios contenidos en el Código aprobado por Decreto N° 41/99 sirven de base para toda persona que realice actividades públicas. En tal sentido, dicha norma estipula que, a fin de preservar la independencia de criterio y el principio de equidad, el funcionario público no puede mantener relaciones ni aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo. El funcionario público debe excusarse en todos aquellos casos en los que pudiera presentarse un conflicto de intereses (artículos 41 y 42).

Por su parte, el artículo 23, al aludir a los principios éticos, en particular, a la independencia de criterio, expresa “El funcionario público no debe involucrarse en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones”. En ese sentido, debe abstenerse de toda conducta que pueda afectar su independencia de criterio para el desempeño de las funciones, comprende situaciones en las que una persona, en su carácter de funcionario público, tiene control y poder de decisión sobre cuestiones que alcanzan a entidades públicas o privadas a las que se encuentra vinculado.

En el caso bajo análisis, los Secretarios de Minería e Hidrocarburos y de Control de Gestión de Empresas Públicas, debieron abstenerse de intervenir en todos los procesos licitatorios en donde intervino la empresa EDHIPSA, a fin de garantizar a los demás competidores la mayor transparencia posible y la imparcialidad en la toma de decisiones.

En tal sentido, la Oficina Anticorrupción en una causa en donde se investigaba el presunto conflicto de intereses de dos funcionarios públicos que habían constituido la sociedad anónima Estrategia & Acción, desempeñándose al mismo tiempo, uno como director ejecutivo de la Entidad Binacional Yacyretá y el otro como director de la Dirección General de Rentas, si bien resolvió que la conducta de los citados funcionarios no configuraba una situación de conflicto de intereses, a fin de evitar que éste se configure en el futuro, efectuó una serie de recomendaciones que debían cumplir los funcionarios involucrados. Entre los fundamentos de la resolución expresó “en este caso no se ha configurado una situación de conflicto de intereses, ya que la empresa constituida (Estrategia & Acción) no ha sido contratada ni se ha presentado a ningún proceso de contratación vinculado a la Entidad Binacional Yacyretá (ni a ningún otro organismo del Estado Nacional, toda vez que no se encontraba inscrita en el padrón de contrataciones de la ONC, no surgiendo de las actuaciones que los fun-

cionarios denunciados hayan obrado de mala fe al constituir su sociedad o que se hayan (o la hayan) beneficiado desde la actividad que desarrollan en la entidad pública. Ello, sin perjuicio de evaluar su conducta futura sino se atuvieren a las recomendaciones que se formulan en el marco del siguiente expediente: **a)** *ambos funcionarios deben abstenerse de actuar directa o indirectamente en cualquier asunto que vincule a Estrategia & Acción con Yacyretá; b)* *también deberán abstenerse de actuar directa o indirectamente en cualquier asunto que vincule a Yacyretá con una persona física o jurídica a la que Estrategia & Acción represente, patrocine, asesore o de cualquier forma preste servicios; c)* *dichas abstenciones subsistirán durante todo el tiempo que dure el ejercicio de los cargos de ambos funcionarios en Yacyretá; d)* *recomendó a Yacyretá abstenerse de contratar directa o indirectamente los servicios de Estrategia & Acción a fin de prevenir posible conflictos de intereses y e)* *recomendó a ambos funcionarios tengan especial cuidado a fin de que la información a la cual tienen acceso en virtud de sus cargos no sea pasible de ser utilizado en pos de un interés privado*”¹³⁴.

Por las consideraciones expuestas entiendo, que el Secretario de Minería e Hidrocarburos y el Secretario de Control de Gestión de Empresas Públicas, se encontraban comprendidos en la prohibición contemplada en el artículo 24 inc. d) de la Ley L N° 3487 y en conflicto de intereses en los términos del artículo 19 inc. f) la Ley L N° 3550, por integrar al mismo tiempo el directorio de una sociedad a la que debían controlar.

4.2.- El Órgano encargado de investigar.

Una forma de controlar la conducta y el patrimonio de los funcionarios públicos es a través de la presentación de declaraciones juradas al momento de ingresar a la actividad pública en donde deben informar sus actividades, bienes e ingresos.

Este instrumento tiene dos propósitos centrales, monitorear la evolución patrimonial del funcionario y prevenir y detectar eventuales conflictos entre los intereses privados y el sector público. Para alcanzar los objetivos mencionados, los sistemas de declaraciones juradas deben asegurar el control de la información no sólo por parte de los órganos

¹³⁴Resolución OA/DPPT N° 141 dictada el 04 de febrero de 2010, del Ministerio de Seguridad y Derechos Humanos, en www.anticorruccion.gov.ar.

encargados de su aplicación, sino por los ciudadanos y por los medios de comunicación. Por ello el carácter público de la información deviene en requisito esencial de tales sistemas¹³⁵.

La Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública, establece en el capítulo II la obligación de los funcionarios públicos de presentar ante el Tribunal de Cuentas, una declaración jurada de bienes, bajo juramento de ley y dentro del término de treinta (30) días de hacer efectivo el cargo. Se deberán confeccionar formularios de declaración jurada de bienes e ingresos, de tal manera que de las mismas se pueda obtener una relación precisa y circunstanciada del patrimonio del declarante y del grupo familiar que integra (art.6). La declaración jurada incluye los bienes, en el país y en el extranjero del declarante, de la sociedad conyugal, los propios del cónyuge o del concubino/a, los de los hijos menores y mayores a cargo (art. 9).

En caso de advertirse que el patrimonio del declarante se ha incrementado desproporcionadamente a los ingresos conocidos durante el ejercicio de su cargo, sin que medien causas atendibles, el Tribunal de Cuentas deberá poner el hecho en conocimiento del titular del poder u organismo al que el declarante hubiera pertenecido y al Fiscal de Investigaciones Administrativas, a los fines de que se adopten las medidas a que hubiere lugar (art. 13).

Hemos dicho que la declaración jurada tiene por objeto proveer a las autoridades de un instrumento de prevención y lucha contra la corrupción, posibilitando la detección de eventuales casos de incompatibilidades, conflictos de intereses o enriquecimiento ilícito.

Un asunto vital a considerar es el relativo al acceso a la información contenida en las declaraciones, dado que la posibilidad de que los ciudadanos puedan analizar estos instrumentos agrega un factor preventivo y constituye un instrumento de control social sobre la administración pública.

Sin embargo, el artículo 17 de la Ley de Ética Pública provincial establece que los funcionarios podrán voluntariamente, publicar sus remuneraciones y su declaración jurada patrimonial en el Boletín Oficial de la Provincia, sin cargo alguno. Esto lleva a que, en la práctica, en la provincia de Río Negro ningún funcionario publique sus declaraciones juradas, en clara contravención al deber de información y transparencia que debe regir la actividad pública.

¹³⁵Oficina Anticorrupción, (2007), “Declaraciones Juradas de Funcionarios Públicos. Una herramienta para la prevención y control de la corrupción, Bs. As., pag. 11.

El capítulo V de la Ley L N° 3550 establece que la presunta infracción a la presente norma dará origen a una investigación sumaria en el organismo al que pertenezca el infractor con notificación dentro de las veinticuatro (24) horas a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. En el caso de supuesto enriquecimiento injustificado en la función pública, el Tribunal de Cuentas notificará de inmediato a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, conforme el artículo 7° inciso a) de la Ley Provincial N° 2394 (art. 24).

La investigación se iniciará por iniciativa de las autoridades superiores o denuncia debidamente fundada de terceros. Todo procedimiento iniciado deberá garantizar el derecho de defensa. El denunciado deberá ser informado del objeto de la investigación y tendrá derecho a ofrecer prueba (art. 25). Transcurridos quince (15) días de haber tomado conocimiento de la denuncia, sin que se haya iniciado proceso alguno en el área correspondiente o si, iniciado el proceso, hubieran transcurrido cuarenta y cinco (45) días sin resolución, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas lo iniciará de oficio.

Este procedimiento debe compatibilizarse con la Ley K N° 2394¹³⁶ de creación de la Fiscalía de Investigaciones Administrativa, que establece con relación a los sumarios que el Fiscal de Investigaciones Administrativas podrá optar por: a) Disponer la suspensión del sumario administrativo, el que deberá ser girado de inmediato a la Fiscalía a fin de que se practique la investigación prevista en el artículo 7° inciso a) de la presente, realizando la comunicación correspondiente al Tribunal de Cuentas o b) Que el sumario se instruya en el organismo de origen. Concluida la investigación, el instructor elevará su dictamen a la Fiscalía para la resolución definitiva. El Fiscal podrá tomar intervención en cualquier estado de las actuaciones o remitir la causa en devolución para completar la instrucción (art. 12).

Surge de lo expuesto que, los funcionarios que infrinjan la ley de Ética Pública pueden quedar sujetos a una investigación sumarial a cargo de la Fiscalía de Investigaciones Administrativa o dicha investigación ser sustanciada ante el organismo al que pertenece el funcionario infractor.

En cuanto a la instrucción sumarial, resulta cuestionable que la investigación deba realizarla un instructor del Ministerio o Secretaria al que pertenece el funcionario público. Ello debido a que el sumario generalmente es realizado por un asesor legal del organismo, cuyo rango y funciones en la mayoría de los casos son inferiores a las del funcionario

¹³⁶Ley K N° 2394 sancionada el 18/10/1990 y publicada en el Boletín Oficial N° 2815 pag. 1.

que debe investigar, generando que la investigación no pueda realizarse con la debida libertad e independencia, debido a las presiones que los superiores ejercen sobre éstos.

La independencia e imparcialidad de los órganos encargados de investigar resulta fundamental para la eficacia del control. Independencia no significa ausencia de relaciones jurídicas ni de relaciones verticales y horizontales de toda organización, sino únicamente impenetrabilidad en la especialidad de la competencia del órgano. Se trata de hacer más difícil, sí se quiere, la tentación a la que el gobierno puede verse sometido a actuar sobre el órgano de control por razones partidistas, electorales o coyunturales, en un sentido contrario a los intereses objetivos de la comunidad.

En cuanto a la imparcialidad administrativa, es el deber de actuar neutralmente sin favoritismos configurándose como un correlato del principio de igualdad. Este principio adquiere relevancia ante el ejercicio de la potestad discrecional, dirigido a establecer que en dicho ejercicio no pueden entrar intereses políticos, intereses particulares de grupos de presión públicos o privados, ni pueden ser empleados favores u odios, ninguna distinción en el trato que no esté establecida en las normas o por indicaciones legítimas del parlamento¹³⁷.

Se ha sostenido que el principio de imparcialidad protege no sólo la rectitud de la decisión que se tome, sino también la apariencia del actuar imparcial hacia afuera, lo que es indispensable cuando está en juego la confianza que deben inspirar necesariamente los órganos de control a los ciudadanos y que resulta garantizada a través de la figura de la recusación y excusación¹³⁸.

La frecuente falta de independencia de los titulares de los órganos de control por encontrarse íntimamente vinculados al poder político o con anhelos de militar en política con intenciones de jugar en dos tableros, ha desdibujado lentamente su rol de controladores. Hará falta un esfuerzo sistemático, concertado y concentrado para lograr dar vida a un sistema de control que efectivamente tutele los derechos en juego¹³⁹. Es necesario mejorar los controles y hacerlos efectivos, independizando a los controladores de subordinación jerárquica respecto de sus controlados (caso de asesores legales de cada repartición nacional que

¹³⁷Zingaretti Gisela, (2009), “La Independencia e Imparcialidad en los órganos de control interno”, en Cuestiones de Control de la Administración Pública, Rap, pag. 522, (509/527)

¹³⁸Ivanega Miriam, (2007), “El control público y los servicios públicos” La Ley-C, pag. 1226.

¹³⁹Rejtman Farah Mario, (2009) “Algunas propuestas superadoras frente a una concepción formalista en relación con el derecho de control”, en Cuestiones de Control de la Administración Pública, Rap, pag. 226 (ps. 213/234).

deberían depender de la Procuración del Tesoro y no del respectivo ministro o secretario) y dando efecto suspensivo a sus observaciones¹⁴⁰.

Igual opinión mantuvo el Dr. Manuel Garrido en la entrevista realizada, en donde expresó *“En la Argentina los órganos de control no son independientes, pese a ser parte de convenciones internacionales que establecen que estos órganos deben gozar de la independencia necesaria para cumplir con sus funciones (...) La Oficina Anticorrupción depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y su titular es nombrado por el Presidente. La falta de independencia en la forma de selección del titular y la posibilidad siempre presente de que pueda ser removido fácilmente, le quita la autonomía necesaria para ejercer el debido control. Asimismo, la falta de recursos propios incide también en su falta de independencia. Con respecto a la Oficina Anticorrupción habría que hacer una reforma integral. Hoy no está pensada como un organismo independiente. Por lo tanto, no puede trabajarse solo en la forma en que se elige su autoridad. Si se realizara una reforma integral, el titular del organismo debería ser elegido por concurso, con participación ciudadana y presentación de impugnaciones. Además, podría tener una duración contra cíclica con respecto al Presidente. Sin lugar a dudas, las agencias encargadas de velar por el comportamiento ético de los funcionarios y controlar el gasto público deberían gozar de plena autonomía. Es indispensable también garantizar estos organismos autarquía financiera”*¹⁴¹.

Ante semejante escenario, plagado de factores adversos y complejidades, resulta esencial la independencia del órgano auditor. Las normas aplicables deben reconocer ese status independiente y la persona que ocupe el cargo debe merecer el respeto oficial y popular por su ética, su capacidad de trabajo y su libertad de criterio. Sólo así podrá garantizar su objetividad no partidaria y la real utilidad de su función. El Código de Ética de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores –INTOSAI, aprobado en Montevideo en 1998- considera a la independencia, respecto de la entidad fiscalizada, como una condición *sine qua non* de los auditores. La independencia presupone neutralidad política, sin ella no existe imparcialidad ni objetividad y por añadidura los informes producidos carecen de confiabilidad¹⁴².

¹⁴⁰Mairal Héctor, (2007), “Las raíces legales de la Corrupción”, Ediciones RAP S.A., 2007, pag. 94.

¹⁴¹Entrevista realizada al Dr. Garrido Manuel, pag. 111/112.

¹⁴²Botassi Carlos, (2007), “Tribunales de Cuentas Provinciales”, en Cuestiones de Control de la Administración Pública, Rap pag. 614, (ps.605/614).

Igual panorama se presenta en la provincia de Río Negro respecto a la independencia de los órganos encargados de investigar las violaciones a la Ley L N° 3550, ya que de acuerdo a la Constitución Provincial (artículo 166) los vocales del Tribunal de Cuentas y el Fiscal de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas son designados por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo. Esto provoca que dichos funcionarios tengan cierta dependencia del poder político de turno que los propuso y a los que creen deberle fidelidad.

Debido a la importancia que revisten los órganos de control, es que resulta necesario dotar de mayor transparencia a la selección de sus integrantes, a fin de garantizar la imprescindible independencia y aptitud de quienes van a desempeñar esos cargos.

El objetivo de la independencia es la imparcialidad. Ésta supone que las investigaciones, los trabajos, los informes y los dictámenes sean absolutamente imparciales. Hay que evitar que el órgano de control se convierta en instrumento al servicio de un solo partido político y que el ejercicio de sus actividades pueda diferir en función del objeto o sujeto que está fiscalizando, abandonando criterios técnicos y objetivos para basarse en elementos subjetivos e intereses políticos.

Por el contrario, si el método de elección es perverso y no fomenta un elenco imparcial y calificado, los mecanismos de control tienden inevitablemente a relajarse, en parte, porque los controladores procuran también sumarse fácilmente a ese cuadro de ilegitimidades, porque son nombrados para que cumplan muy indulgentemente esa función. La profesionalización del personal en tan delicada labor resulta esencial, sobre todo, a los fines de inspirar la necesaria confianza de la sociedad en el cumplimiento cabal de la función de control, indispensable para el ejercicio legítimo de cualquier competencia¹⁴³.

Si bien, como ya dijimos, la forma de designación de los integrantes de los órganos de control se encuentra prevista en la constitución, creo que el parlamento provincial al momento de designar a los titulares de dichos organismos, debería tener en cuenta la integridad moral e idoneidad de los candidatos, su compromiso con la democracia, la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos que lo hagan merecedor de tan importante función. La acreditación de aspectos relativos a su trayectoria profesional y académica, los compromisos públicos y privados que tuvieren y la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley de Ética en la Función Pública, son elementos importantes en la selección.

¹⁴³Zingaretti Gisela, (2009), Ob. Cit. Pag. 518, (509/527).

También se debería solicitar la opinión de los ciudadanos en forma individual o colectiva, de los colegios, asociaciones, organizaciones no gubernamentales con interés en el tema, pudiendo hacer llegar puntos de vista u objeciones al nombramiento a producir. Ello a fin de garantizar la mayor independencia e imparcialidad de quienes van a integrar los órganos de contralor.

“Uno de los componentes básicos del sistema consiste en que las personas que ejerzan el control de los gastos públicos participen de los estándares básicos de imparcialidad. Esto es, la aptitud de poder resistir a las presiones del Gobierno (sujeto a controlar) y también de otros sujetos partícipes de la dinámica política (partidos políticos de la oposición, actores del mercado y de la sociedad civil, etc.). Sin embargo, a poco de puesto en funcionamiento el citado sistema de control, diciembre de 1994, desde diferentes sitios de la realidad rionegrina (partidos políticos de la oposición, medios de prensa, organismos no gubernamentales) se cuestionó el modelo de designación de los vocales del Tribunal de Cuentas. En especial, las críticas estaban centradas en un particular modo de cooptación de los integrantes por parte del Gobierno Provincial¹⁴⁴.

La falta de independencia de estos órganos afecta a quienes quieren denunciar a funcionarios por sus conductas irregulares, porque suponen que la misma va a quedar archivada en un cajón sin que se investigue adecuadamente. Así lo manifestó la Dra. Piccinini en su entrevista: *“Los que tuvimos la responsabilidad de acudir a ella (Ley N° 3550) obligados por las sospechas en algunos casos o investigaciones con pruebas concretas en otros casos contra funcionarios que aparecían violando sus preceptos, nos encontramos con procedimientos innecesarios, puertas que la Ley nos imponía abrir y que no conducían a ningún lugar cierto. Gran cantidad de autoridades involucradas en los procedimientos con una delegación tal de responsabilidades que terminaban diluyéndose en los despachos de unos u otros y en el tiempo. Sin posibilidad alguna para quien acudió al resguardo de la norma, de ver finalizado su trámite con una resolución definitiva, a favor o en contra del funcionario investigado, pero una resolución al fin. Profundizando de esta manera las sospechas de la sociedad no solo sobre la conducta de los funcionarios que hubieran cometido delitos en el ejercicio de su función, sino sobre sus superiores jerárquicos como potenciales encubridores”¹⁴⁵.*

¹⁴⁴Pravato Luis, “Entrevista realizada para este trabajo”, pag. 121.

¹⁴⁵Piccinini Ana, “Entrevista realizada para esta trabajo”, pag. 108.

Resulta interesante mencionar que hace unos años fue presentado ante la Legislatura provincial un proyecto de ley en donde se proponía derogar la actual Ley de Ética e Idoneidad en la Función Pública y sancionar una más estricta¹⁴⁶. Lo relevante del proyecto de ley citado, es que establece la obligación de todos y cada uno de los funcionarios comprendidos en los preceptos de la ley, de presentar una Declaración Jurada de Bienes e Ingresos la que tendrá el carácter de **pública** ante el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Río Negro bajo Juramento de Ley y deberán publicarla en los sitios Web del organismo donde cumplen sus funciones dentro del término de quince (15) días de asumir el cargo (...)

Expresa los fundamentos de la ley que la publicidad de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos tiene por finalidad que la sociedad pueda analizar la evolución de los patrimonios de los ciudadanos que han elegido la función pública como profesión y modo de vida y brindar a la ciudadanía en general y a la prensa en particular elementos para vigilar el comportamiento del gobierno y de sus integrantes. Ratificamos que existe cada día una mayor demanda de eficiencia en los procesos de decisión pública. La gente exige mayor transparencia y claridad, eso es lo que debemos proveerles desde esta Legislatura”.

En lo que interesa a lo aquí observado, el artículo 27 del proyecto establece “La presunta infracción de los Títulos III y IV de la presente norma dará origen a una “Investigación Preliminar” a cargo del Órgano de Aplicación de la presente ley (Tribunal de Cuentas). Si de la misma surgiera la presunción por parte del Tribunal de que el funcionario se podría haber beneficiado o enriquecido violando las prohibiciones descriptas, notificará de inmediato a la Cabeza de Poder del cual dependa el funcionario, al Fiscal de Investigaciones Administrativas y al Fiscal de Grado de turno. Remitiendo a cada uno de los Fiscales, la documentación completa y certificada de sus actuaciones.

La investigación preliminar se iniciará de oficio por el Tribunal de Cuentas, por denuncia de terceros o denuncia anónima la que deberá ser sometida a los recaudos legislados para este tipo de denuncia en el artículo 20 de la presente (art. 28).

Surge de lo expuesto que la investigación sobre la presunta infracción a la Ley de Ética Pública, la debe realizar el Tribunal de Cuentas, saliendo de la esfera del organismo al que pertenece el funcionario infractor la realización de la instrucción sumarial.

¹⁴⁶Proyecto de Ley N° 175/2013- Ley de Ética Pública- Deroga la Ley N° 3550 - **Coautores:** Ana Ida Piccinini, Ángela Ana Vicidomini, Sergio Ariel Rivero, Alejandro Humberto Marinao, Graciela Sgrablich, Luis María Esquivel, Roberto Vargas, Irma Banegas, Domingo Garrone, Rubén Torres.

Cabe aclarar que, a la fecha, no fue sancionado el proyecto de ley propuesto, figurando en los registros de la Legislatura como en etapa de caducidad, evidenciándose la falta de interés de los legisladores provinciales en aumentar los controles y la transparencia en la actividad pública.

Se debe tener presente que la CICC, prevé en el artículo III inc. 9) la creación de “órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar y erradicar prácticas corruptas”. Dicha norma es considerada como la base para crear oficinas de ética, sin embargo, en el orden local, no se ha creado una oficina que éste destinada al estudio y análisis de la probidad de los funcionarios públicos. Ello, porque si bien el Tribunal de Cuentas y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, son órganos de control externo de la provincia, tienen por función el control de determinados aspectos de la ética pública, éstos están dedicados sobre todo a los aspectos patrimoniales, económicos o financieros de la actividad pública.

Ocurre que los controles que realizan éstos órganos no resultan suficientes desde la óptica de lo que hoy reclama la sociedad, por ejemplo, llevar una conducta decorosa dentro y fuera del ejercicio de la función. También el Estado debe prevenir conductas que resulten contrarias a lo ético o se presuman corruptas, aunque no impliquen un menoscabo para el erario público. Ello en consonancia con el artículo XII de la CICC que establece “no será necesario que los actos de corrupción, produzcan perjuicio patrimonial al Estado”.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha reiterado que “la mera comprobación de la inexistencia de daño patrimonial al Estado no obsta a que se efectúen las investigaciones, toda vez que a través del régimen disciplinario la Administración debe preservar el regular y legal desenvolvimiento de su actividad con prescindencia de que se produzca o no perjuicio fiscal”¹⁴⁷.

Existen en la actualidad incluso posturas más modernas que entienden que todo lo relacionado con la Ley de Ética Pública (...) *debería ser fiscalizada por un Consejo de Ciudadanos elegidos por sorteo*. Sostiene que *“cualquier ciudadano puede transformarse en un partícipe directo del control y ello lo hace parte permanente del sistema. El valor del sorteo reside en los rasgos de permanencia y universalidad de la participación que engendra. Todas las personas son, todo el tiempo, potenciales sujetos directos e inmediatos de la toma de decisiones. Ese status los acerca al sistema, los hace sentirse parte*

¹⁴⁷ PTN, Dictámenes, 166-76 y 208-168, Procuración del Tesoro de la Nación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

y de ese modo contribuye al necesario cambio cultural en esta materia. Paralelamente, el sorteo evita la captura del controlante, en la medida en que da lugar a un entramado descentralizado de sujetos que aleatoriamente tendrán a cargo esa función”¹⁴⁸.

En función de las consideraciones expuestas, es que entiendo resulta necesario, en la provincia de Río Negro, centralizar en un organismo independiente la competencia para realizar las investigaciones de aquellos funcionarios cuyas conductas infrinjan la Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública.

¹⁴⁸Justo Juan Bautista, “Entrevista realizada para este trabajo”, pag. 116.

CONCLUSIÓN

Durante el desarrollo de este trabajo hemos identificado los distintos supuestos de incompatibilidades y conflictos de intereses en los que pueden verse involucrados los funcionarios públicos que a su vez forman parte en los directorios de las Sociedades del Estado. También pudimos analizar los avances en cuanto a la aplicación de un criterio más restrictivo por parte de la Procuración del Tesoro de la Nación y de los organismos encargados de controlar la Ética Pública, a fin de evitar que los servidores públicos queden comprendidos en situaciones de incompatibilidad, tales como la doble percepción de haberes, desempeñarse al mismo tiempo en más de un empleo público o realizar alguna actividad cuya índole no condiga con la función pública.

El tema de las incompatibilidades y conflicto de intereses de los funcionarios públicos ha cobrado importancia en los últimos años tanto a nivel nacional como local, como parte de una corriente de búsqueda de herramientas de lucha contra la corrupción.

Pese a la demanda social de mayor transparencia en la actividad pública, los funcionarios continúan hoy teniendo conductas poco transparentes y en muchos casos al límite de la incompatibilidad, como por ejemplo, los casos expuestos en este trabajo del legislador provincial y del diputado nacional con doble percepción de haberes o el secretario de Energía que viajó al mundial con pasajes regalados por una empresa petrolera, en un claro supuesto de conflicto de intereses.

A lo largo del presente trabajo se pudo comprobar que, desempeñarse al mismo tiempo como secretario de Minería e Hidrocarburos y secretario de Control de Gestión Empresas Públicas e integrar el Directorio de una empresa estatal cuya actividad principal es la hidrocarburífera, hacía incurrir a dichos funcionarios en conflicto de intereses, por encontrarse muchas de sus decisiones afectadas de parcialidad, comprometer la transparencia, la independencia de criterio y la igualdad de trato.

No podemos olvidar que, dentro de la competencia de estos funcionarios se encontraba la de controlar y fiscalizar el funcionamiento y gestión de la sociedad, quedando sus conductas confundidas, al ser al mismo tiempo controlantes y controlados, en clara violación a lo regulado en artículo 24 inc. d) de la Ley L N° 3487 y configurando una situación de conflicto de intereses en los términos del artículo 19 inc. f) la Ley L N° 3550.

Hoy, gracias a la participación ciudadana y la actividad que desarrollan organizaciones no gubernamentales, se han intensificado los controles a fin de evitar actos de corrupción por parte de quienes se encuentran en la actividad pública. Esto puede corroborarse en las constantes denuncias, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito provincial, de funcionarios públicos sospechados de encontrarse en alguna situación de incompatibilidad.

La mayor participación que actualmente tiene el ciudadano en la vida pública, permite una mayor fiscalización de las decisiones estatales y el conocimiento de las mismas, evitando de este modo el ocultamiento estatal, facilitando el control de la corrupción estatal y el desempeño de los funcionarios dentro de los márgenes previstos en la Ley de Ética Pública.

Hemos dicho que, quien asuma el compromiso de ejercer la actividad pública debe realizarla con profesionalidad, eficiencia, ética, imparcialidad, y en caso de desempeñar la función de manera irregular, debe asumir las responsabilidades que dicho accionar provoque.

Sin duda alguna, cuando los funcionarios públicos -cualquiera sea su jerarquía- adviertan que realmente y sin excepción, deben responder patrimonialmente por los daños que -por su dolo, culpa o negligencia- irroguen al patrimonio público, pondrán el celo debido en el ejercicio de su función. Asimismo, evitarán, en lo posible, incurrir en acciones u omisiones de las que pueda resultar un perjuicio patrimonial al Estado, afianzando así el obrar correcto, ético, eficiente, cuidadoso, responsable y probo que, en defensa de los intereses del mismo, el agente debe acreditar ante la comunidad¹⁴⁹.

Cada una de las responsabilidades a las que está sujeto el personal público (penal, disciplinaria, patrimonial, civil y en algunos supuestos política) protege distintos bienes jurídicos y tiene objetivos diferentes y, en consecuencia, deben respetarse sus ámbitos de aplicación, sus procedimientos y procesos. Sin embargo, en la práctica, muchas de éstas se diluyen por diversas razones: la exclusión de los funcionarios de rangos más altos de determinadas responsabilidades (por ejemplo, la disciplinaria), ineficacia de los métodos de rendición de cuentas y de los sistemas de determinación de algunas responsabilidades, como el caso de la patrimonial en la Nación, cuyos resultados en términos de reintegro de los daños económicos a la hacienda pública, son nulos¹⁵⁰.

¹⁴⁹Herrera de Villavivencia Blanca A., (2007), Ob. Cit., pag. 85, (ps.83/98).

¹⁵⁰Ivanega Miriam Mabel “Reflexiones acerca de la ética y la función pública”, E.D. 174-987.

La transparencia en la gestión de gobierno restaurará la confianza pública en los gobernantes. Hoy se encuentra tan deteriorada que los gobernados no se sienten representados por la dirigencia política, lo cual ha provocado un enorme daño al sistema democrático. El control de la corrupción y el apoyo a todo lo que contribuya a generar confianza debe ser el objetivo de todos los que eligen desempeñar funciones públicas.

La corrupción acarrea consecuencias económicas, políticas y sociales, ya que afecta de manera dramática los derechos de las personas e incide de manera negativa en las relaciones económicas, ya que la falta de credibilidad en los gobiernos retrae las inversiones, impide el ingreso a nuestros mercados de empresas y empresarios serios y eficientes.

Teniendo en cuenta ello la Oficina Anticorrupción sostuvo *“La corrupción es negación de derechos, ya que los fondos del Estado que se roban, se los quitan a los ciudadanos que necesitan educación, salud, alimentos y justicia; por eso surge -cada vez con mayor fuerza- la necesidad que además de sancionar al funcionario corrupto, resulta imprescindible ir detrás del dinero y recuperar los fondos fugados. La Convención de las Naciones Unidas en su capítulo V, se dedica a este tema, acoge y potencia este nuevo paradigma instalándolo en el centro del debate sobre la prevención y combate de la corrupción”*¹⁵¹.

Un Estado que maneja sumas enormes para la construcción de obras públicas, para la prestación de servicios y para la actividad de fomento, requiere emplear regímenes sofisticados de control de inversión y de los gastos públicos, por ello, la rendición de cuentas es un instrumento fundamental para el logro de la transparencia y eficiencia en el uso de los recursos administrados.

Frente a la necesidad de fortalecer un sistema de transparencia pública en las contrataciones administrativas, es necesario desarrollar e implementar medidas preventivas, entendidas éstas como un modo de anticipación para evitar contratos turbios o directamente corruptos. Las medidas que se adopten para que éstas resulten efectivas, deberán funcionar en forma sistemática, ser aplicadas sin irrazonables demoras, con amplia difusión, con incidencia para modificar o revisar los sistemas y contando con un alto grado de eficacia del sistema penal. Solo si es factible acreditar que 'quien las hace las paga', el castigo se convierte en una importante herramienta también preventiva¹⁵².

¹⁵¹Oficina Anticorrupción, (2004), “La negociación del texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, pag. 16, en www.anticorruptcion.gov.ar.

¹⁵²Rejtman Farah, Mario, (2010), Ob. Citada, pág. 143.

Para impulsar la transparencia en la actividad pública, también es necesario otorgar mayor eficiencia y eficacia a los sistemas de investigación, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Frente a algunos reclamos de leyes más duras, parecería que el énfasis hay que ponerlo en las prácticas más que en las leyes. Investigaciones rápidas y sanciones seguidas de una amplia publicidad, tienen un rol eficaz de prevención por lo ejemplificativo que ellas resultan.

Ha quedado demostrado que, en la mayoría de los casos en donde se ha investigado a funcionarios por presuntas violaciones a la Ley L N° 3550, los procesos han sido sumamente engorrosos, han demorado más de lo necesario y en muchos casos no se ha arribado a una conclusión, ya sea sobreseyendo o condenando al funcionario investigado.

La falta de imparcialidad e independencia de los funcionarios que integran los órganos encargados de investigar conductas antiéticas ha sido un factor determinante al momento de resolver estos procesos. La problemática de la transparencia y la independencia de los órganos de control del Estado, garantizando a la ciudadanía que la fiscalización de los actos de gobierno será llevada a cabo por funcionarios libres, sin compromisos políticos o económicos que los desvíen del bien común, continúa siendo una deuda pendiente.

Para conseguir una administración más transparente, más eficaz en el gasto público, así como garantizar la competencia y honorabilidad de los funcionarios, se requiere de una fiscalización independiente y para ello es importante asegurar el principio de división de poderes con el fin de controlar el gasto público.

Los órganos de control deben ser concebidos como organismos técnicos en manos de profesionales con un profundo sentido republicano y una férrea independencia de criterio y vocación de servicio. El elemento técnico aparece como indispensablemente unido a la fórmula de la administración independiente, al resultar el articulador de la legitimidad.

Por eso creo que resulta indispensable la autonomía e independencia del órgano encargado de investigar las violaciones a la Ley de Ética Pública, debiendo centralizar en un solo organismo la investigación. Para la designación de sus integrantes, se debería tener en cuenta no solo sus antecedentes profesionales, académicos y morales, sino también la opinión de los colegios profesionales, organizaciones no gubernamentales y de la ciudadanía en general, conforme lo expusiera en el Capítulo IV del presente trabajo, pag. 89/90.

En función de lo aquí manifestado es que concluyo que resulta necesario que la Legislatura de la provincia de Río Negro modifique la Ley L N° 3550 de Ética e

Idoneidad en la Función Pública, a fin de, garantizar el efectivo cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad de los actos de gobierno, se mejore la eficiencia y el control en los procesos de investigación (la investigación de las conductas antiéticas deberán estar a cargo de un órgano independiente) y se establezcan medidas preventivas tendientes a evitar actos de corrupción, situaciones de incompatibilidad o conflicto de intereses de quienes ejercen la función pública.

En especial propongo se modifiquen los siguientes artículos:

- El Artículo 17, estableciendo la obligatoriedad de los funcionarios que asuman la función pública de publicitar sus declaraciones juradas de bienes e ingresos, en la página oficial de la provincia, debiendo incluir en la misma los antecedentes laborales;

- Del Artículo 19 -regula los distintos supuestos de incompatibilidades con el ejercicio de la función pública- se deberían modificar los incisos:

a) y f) establecen la prohibición de ser proveedor de los organismos donde desempeñan funciones y de mantener vinculaciones con entidades directamente fiscalizadas por el organismo donde presta servicios, debería aclararse que: *la prohibición se extiende siempre que tales actividades estén relacionadas con la jurisdicción u organismo en el que se ejercen funciones públicas, o con los organismos o entidades que actúan o son controlados en el ámbito de dicha jurisdicción;*

o) Designar, contratar o impulsar la designación o contratación de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad en la jurisdicción u organismo en el que se ejercen funciones públicas, o con los organismos o entidades que actúan o son controlados en el ámbito de dicha jurisdicción;

- El Artículo 24 debiendo realizar la investigación sumaria -en caso de incompatibilidades o conflicto de intereses de los funcionarios- un organismo ajeno al que pertenece el funcionario infractor, ya que la independencia e imparcialidad de los órganos encargados de investigar resulta fundamental para la eficacia del control;

- Incorporar un artículo en donde, se defina con claridad, teniendo en cuenta las recomendaciones realizadas por la Oficina Anticorrupción de Nación, el término 'conflicto de intereses';

- Incorporar un artículo que establezca que los funcionario públicos, al momento de ser designados, deberán renunciar a las actividades y/o empleos que pudieran generar conflicto de intereses y durante el ejercicio de la gestión excusarse de intervenir en las

cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos con las cuales estuvo vinculado o haya tenido participación societaria;

- Incorporar un artículo que permita la participación de los ciudadanos en los organismos de control de la corrupción y de la ética pública, así como se permite la participación de los usuarios en los organismos de control de los servicios públicos;

- Incorporar un artículo con medidas preventivas para los funcionarios que ejercen la actividad pública tales como: a) Realizar programas de transparencia y participación ciudadana, en donde se convoque a audiencias pública, se publiquen y difundan los actos de gestión que puedan revestir interés social o de algún sector determinado, b) suscribir compromisos de ética y buena gestión, c) sistemas de protección a ciudadanos o funcionarios que denuncien actos de corrupción; d) divulgar a través de internet los casos en los que se traten eventuales conflictos de intereses etc.

- Crear una oficina con competencia para investigar conductas antiéticas y evaluar la probidad de los funcionarios que eligen desempeñar cargos públicos,

- Reglamentar la Ley de Ética e Idoneidad en la Función Pública;

- Crear un registro de funcionarios que incurran en violaciones a las normas éticas vinculadas a conflicto de intereses.

- Evaluar la conveniencia del dictado de un Código Provincial de Ética Pública.

Seguramente, con la modificación propuesta no evitaremos que se sigan cometiendo actos de corrupción, pero al menos, si logramos que al funcionario infractor lo investigue un organismo independiente -a través de un procedimiento rápido y eficaz, cuyas conclusiones en caso de sanciones se hagan públicas- al menos servirá para que a estos funcionarios les resulte cada vez más difícil reingresar a la actividad pública, ya que la sociedad va a permanecer atenta para denunciar y censurar públicamente a los funcionarios corruptos.

Creemos que cuanto mayor sea la actividad de contralor, menor será el riesgo de abusos y arbitrariedades por parte de algunos funcionarios, que intentan hacerse ricos a costa de la actividad pública, distorsionando la meta fundamental del Estado que es proveer al bien común.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALEGRE, Marcelo, (2001): “Informe Final Regulación de pautas de comportamiento ético y conflictos de intereses en la Argentina”, disponible en www.anticorruccion.jus.gov.ar.
- APESTEGUIA, Carlos A.,(1998): *Sumarios Administrativos*, La Rocca, Bs. As.
- BAENA DE ALCAZAR, M., (1984): *Organización Administrativa*, Tecnos, Madrid.
- BALBIN,Carlos F, (2010): *Tratado de Derecho Administrativo*, 1° Ed., La Ley, T° II, Bs. As.
- BARRA, Rodolfo C, (1980): *Principios de Derecho Administrativo*, Abaco, Bs. As.
- (2006): *Tratado de Derechos Administrativo*, T° III, Depalma, Bs. As.
- BALLESTEROS, Horacio Agustín, (2006): “La Convención Interamericana contra la Corrupción y su vinculación con los delitos de acción pública”, en Empleo Público, LEP, La Plata, pag.440/470.
- BIANCHI, Alberto, (1988): “Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa”, El Derecho, T° 129, Bs. As.
- BOTASSI, Carlos, (2009): “Tribunales de Cuentas Provinciales”, en Cuestiones de Control de la Administración Pública: Administrativo, Legislativo y Judicial, Rap, Bs. As, pag. 605/614.
- BUTELER, Alfonso, (2009): “La eficacia de los organismos de control de ética pública y anticorrupción”, en Cuestiones de Control de la Administración Pública, Rap, Bs.As., pag. 529/542.
- CABALLERO, José Severo, (1997): “La Convención Interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina”, La Ley, Bs. As.
- (1997): “El Enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos”- La Ley-A-793, Bs. As.
- CANOSA, Armando (1993): “Algunas reflexiones acerca de las denominadas Personas Públicas no Estatales”, El Derecho T° 152, Bs. As.
- CAPUTI, María Claudia, (2000) : *La ética pública*, Depalma, Bs. As..
- CASSAGNE, Juan Carlos: (1970): “La inhabilidad del funcionario público de las empresas del Estado y la Nulidad de los actos violatorios de su régimen jurídico”, El Derecho, T° 33, Bs. As.
- (1989): “La responsabilidad del funcionario público”, La Ley-C.982, Bs. As.

CINCUNEGUI, Juan Bautista y CINCUNEGUI, Juan de Dios, (1996): “La Corrupción y los Factores de Poder”, Publicación de la Fundación Argentina de Planeamiento, Fundaplan, Capítulo II, Bs. As.

COMADIRA, Julio Pablo – NIELSEN, Federico, (2004): “Apuntes sobre los principios de la Ética Pública en el derecho Administrativo Argentino”, en www.reforma-politica.com.ar.

CORRAL, Gustavo Vicente, (1997): “El conflicto de intereses en la sociedad”, La Ley, T° B-Sec. Doctrina, Bs. As.

D'ARGENIO, Inés (2009): “Ejercicio de la Función Pública. Ética y Transparencia”, Homenaje al Dr. Fiorini, Ed. Platense, pag. 81/83.

DIEZ, Manuel María., (1981): *Derecho Administrativo*, T° I, Ed. Plus Ultra, Bs. As.

DOCOBO, Jorge José (1970): “Incompatibilidades del Personal Superior de las empresas del Estado”, Jurisprudencia T° 7, Serie Contemporánea, Bs. As.

DROMI Roberto, (2009): *Tratado de Derecho Administrativo*, 12° Ed., Ciudad Argentina, Cap. XIII, Bs. As.

DURAND Julio, (2010): “La participación de la Anses en el capital de las sociedades anónimas abiertas”, La Ley, A, Bs. As.

FARGOSI, Horacio P., (2001): “El vínculo Director- Sociedad Anónima”, La Ley-A. 883, Bs. As.

FIORINI, Bartolome A., (1970): “La Moral Republicana: Cohecho y Negociaciones incompatibles en la función pública”, La Ley T° 139, Bs. As.

FRIAS, Pedro José, (1995): “La descentralización, La Ley-E, Bs. As.

GAGLIARDO, Mariano, (2001): “El Perfil de un Director de Sociedad Anónima”, La. Ley-F 1351, Bs. As.

GARCIA PULLES, Fernando, (2005): “Régimen de Empleo Público en la Administración Pública”, Lexis Nexis, Bs. As.

GARCIA MEXIA, Pablo, (2001): “Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea”, Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi, Elcano, Navarra.

GORDILLO, Agustín, (1994): *Tratado de Derecho Administrativo*, 2° Ed., T°. 1 Cap. XI, Machi, Bs. As.

-(1997): “Un corte transversal al derecho Administrativo: La Convención Interamericana contra la corrupción”, La Ley- E, Bs. As.

GUZMAN, Alfredo Silverio (1998): “Autarquía y descentralización”, El Derecho 170-755,

Bs. As.

HALPERIN David Andrés, (1998): “La Convención Interamericana contra la corrupción y algunos temas de derecho administrativo”, La Ley-B, Bs. As.

HERRERA DE VILLAVICENCIO Blanca, (2007): “Responsabilidad de los funcionarios por daños a la hacienda pública en Tucumán”, en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, RAP, Bs. As., pag. 83/98.

IVANEGA Miriam, (2011): “Nuevos interrogantes sobre la protección constitucional del trabajador. El caso de los empleados de las empresas y sociedades del Estado”, La Ley -F, Bs.As.

- (2004); “Reflexiones acerca de la ética y la función pública”, El Derecho, 174-987, Bs.As.

- (2009), *Las relaciones de Empleo Público*, La Ley, Bs.As.

LAGARDE, Fernando M, (2007): “La Responsabilidad del agente público por violación de los deberes de transparencia, discreción y secreto”, en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Rap, Bs. As., pag. 829/857.

MAIRAL, Héctor A. (2007): *Las raíces legales de la corrupción*, RAP, Bs. As.

MARIENHOFF, Miguel S., (1970): *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I y III-B, Abeledo Perrot, Bs. As.

MURATORIO Jorge I., (2004): “Centralización, Descentralización, Concentración y Desconcentración”, en Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Rap, Bs. As., pag. 221/246.

NIELSEN, Federico, (2004): “Incompatibilidades de los Funcionarios Públicos”, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, RAP, 2Bs. As. Pag. 785/822.

OFICINA ANTICORRUPCIÓN (2005): *Ética, Transparencia y Lucha contra la Corrupción*”- *Manual para el Ejercicio de la Función Pública*; Bs. As., en www.anticorrupción.gov.ar.

- (2009): *Conflicto de intereses. Disyuntivas entre lo público y lo privado y la prevención de la corrupción*, Serie estrategias para la transparencia, Bs As.

PICONE, Griselda (2003): “Los órganos de control del sector público y responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos”, en Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos, Rubinzal Culzone, Bs. As., pag. 89/114.

REJTMAN FARAH, Mario (2010): *Régimen de Contrataciones en la Administración Nacional*”, Abeledo Perrot, Bs. As.

-(2009) “Algunas propuestas superadoras frente a una concepción formalista en relación con el derecho de control”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública*, Rap, Bs. As.

RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime: (1993): *Principio de la ética pública, corrupción o servicio*, Montecorvo, Madrid.

ROITMAN, Patricio, (2006): *Ley de Sociedades Comerciales*, T° IV, La Ley, Bs.As.

ROLLERI, Gabriel, (2009): “El Control Preventivo de la Oficina Anticorrupción en la contratación de bienes y servicios”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública*, Rap, Bs. As., pag. 615/627.

SAGUES, Néstor Pedro (1997): *Las Leyes secretas*, Depalma, Bs. As..

SCHEIBLER, Guillermo M., (2006): “Luces y Sombras del acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *La Ley-A*, Bs. As.

SIERRA, Hugo Mario, (2000): “El delito de negociaciones incompatibles en la función pública”, *La Ley- E-1128*, Bs. As.

SOLER, Enrique, (1987): *Derecho Penal*, Parte General, Hammurabi, Bs. As.

TAFUR GALVIS, Alvaro, (1984): *Las Entidades Descentralizadas*, Temis, Bogotá.

VERON Alberto Victor, (2012): *Tratado de las Sociedades Comerciales y Otros Entes Asociativos*, T° IV, La Ley, Bs. As.

ZIN, Máximo, (1989): *Incompatibilidades de funcionarios y empleados públicos*, Depalma, Bs. As.

ZINGARETTI, Gisela, (2009) “La independencia e imparcialidad en los órganos de control interno”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública*, Rap. Bs.As., pag. 509/527.

ANEXO I

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LA LEGISLADORA PROVINCIAL ANA PICCININI¹⁵³

1) MLS: La Constitución Provincial en el artículo 2º de las Normas Complementarias – Disposiciones Comunes *prohíbe acumular a una persona dos o más empleos aunque uno sea provincial y los otros municipal o nacional*, ¿Qué opina sobre la designación de un funcionario en más de un cargo público?

AP: *Entiendo que la prohibición legal por el cual una misma persona no debe ser designada en más de un cargo o empleo público remunerado, tiene su razón de ser en el carácter o la finalidad de la función. Quien acepta el desafío de ser un servidor público debe dedicarse a su actividad con carácter exclusivo, a fin de desempeñar el cargo para el que fue designado con eficacia. Por otro lado, se debe evitar los abusos en la distribución de cargos públicos, ordenar el mercado laboral de modo tal que el ejercicio de las funciones públicas esté distribuido entre el mayor número posible y conveniente de personas*

2) MLS: Durante el período 2006/2011 los Secretarios de Control y Empresas Públicas y de Minería e Hidrocarburos, fueron designados por el P.E., como directivos de la empresa EDHIPSA. Ud., denunció dicha conducta por presunta incompatibilidad ¿Qué hechos o conductas tuvo en cuenta al momento de formular denuncia?

AP: *Denuncié al ex Secretario de Estado de Control y Empresas Públicas de la provincia, por considerar que su conducta lo hacía incurrir en las incompatibilidades previstas en la ley K 4002 (Ley de Ministerios) y en la propia Ley N° 3550. Para ello tuve en cuenta que la Secretaría de Estado de Control de Gestión de Empresas Públicas fue creada por Ley K 4002 a través del artículo 8, inc a), especificándose en la segunda parte de la norma citada se indica que el titular de esta Secretaría de Estado, depende directamente del Sr. Gobernador e integra el Gabinete Provincial con funciones similares. Dice textualmente la norma, a las enunciadas en el artículo 4 inc a) y punto 4 de la misma. Se equiparó a dicho Secretario de Estado al cargo de Ministro, dado que su firma es requisito legalmente establecido para la validez de los Decretos de Necesidad y Urgencia (Acuerdo de Ministros) y debe asistir a las reuniones de Gabinete.*

¹⁵³Piccinini Ana es legisladora de la provincia de Río Negro por el partido FpV (2011-2015), fue Defensora del Pueblo de la provincia (2006-2011), Legisladora Provincial (2006-2003), Secretaria de Estado de Trabajo (2003-2002), entre los trabajos públicos más destacados.

Paralelamente a ello, el Dr. Savini había sido designado Presidente del Directorio de la Empresa de Desarrollo Hidrocarburífero Provincial Sociedad Anónima (EDHIPSA), sociedad regulada por el artículo 308 y ss., de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19550, Capítulo VI “De las sociedades anónimas con Participación Estatal Mayoritaria”.

*El cargo de Secretario de Estado de Empresas Públicas tiene su competencia determinada por el artículo 23 de la ley K N° 4002 (Ley de Ministerios), bajo el Título 8 “De las Secretarías”, según el cual compete a la Secretaría de Control de Gestión de Empresas Públicas, entre otras atribuciones: **Inc. 3: “Supervisar la gestión y administración de las sociedades del Estado y/o anónimas en las que la Provincia tenga participación accionaria”, “inc. 5: Conducir la Sindicatura de empresas públicas”, “inc. 9: Regular la participación accionaria o de capital de las empresas donde el Estado Provincial sea socio o titular de dichas acciones o paquete accionario”.***

A mi entender, la incompatibilidad, derivada de la calidad de controlante y controlado reunidas en una misma persona era flagrante. Dicho funcionario era el Presidente de una empresa, sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, que ejerce actividad comercial en el rubro de hidrocarburos y a su vez era el titular del órgano de control de las empresas públicas entre las que se encuentra la mencionada EDHIPSA. Pero con un agravante que complicaba aun más la gestión del funcionario cuestionado; estas empresas como EDHIPSA no están sometidas a los controles de los órganos de Control Interno de la Administración Pública. Su gestión, es supervisada y controlada por la Secretaría de Estado de la cual el propio Dr. Savini es el titular. En este caso, se desnaturaliza la esencia de la Secretaría de Estado de Control de Empresas Públicas, que fue concebida por el Legislador para controlar el desenvolvimiento de estas empresas, entre ellas EDHIPSA, que se manejan por medio de balances y no de partidas, y están exentas, reitero, de la vigilancia de los órganos de control.

*Sostuve que el Secretario incurría en las incompatibilidades que la propia ley de Ministerios N° 4002 establece en el Título 10 “Incompatibilidades”, específicamente en el artículo 25, según el cual: “Art. 25. Incompatibilidad Laboral: Los cargos de Ministro son incompatibles con el ejercicio de cualquier otra actividad rentada o no, u otro cargo nacional, provincial o municipal, sea electivo o no, con excepción de cargos en la docencia que no exijan dedicación exclusiva. **Tampoco podrán ejercer profesión liberal o desempeñar actividades en las cuales, sin estar comprometido el interés del Estado, su condición de funcionario***

pueda influir en la decisión de la autoridad competente o alterar el principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional. También rigen para los mismos las incompatibilidades e inhabilidades establecidas en otras leyes nacionales.”

El rango de Ministro que detentaba este Secretario de Estado surgía de las atribuciones ministeriales otorgadas por la Ley 4002. Es decir, si este Secretario de Estado depende directamente del Gobernador, integra el Gabinete y para que el Acuerdo de Ministros sea válido requiere de su firma, como contrapartida tiene los deberes y obligaciones de un Ministro en el sentido de respetar cabalmente todas las incompatibilidades que la ley le impone al resto de sus pares, integrantes como él del Gabinete Provincial.

A su vez su, conducta infringía también el art. 19, incs. b), f) y h) de la ley N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública. Pero quiero detener en el inc f) del artículo 19 de la ley 3550: “f) Mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el organismo en que se encuentre prestando servicios”.

Lo que había quedado demostrado eran las obligaciones que había asumido el Secretario de Estado dentro del Directorio de la Empresa EDHIPSA. Obligaciones que surgían claramente del Estatuto de la Sociedad Anónima, no solo en su calidad de Director sino más aun en su calidad de Presidente, arts. 19, 26 y concd., del Estatuto de EDHIPSA. Las actividades comerciales de esta empresa eran importantes, dado que contaba con áreas de exploración y explotación concesionadas, generalmente en sociedad con otras empresas o conformando UTEs, En ese momento tenía concesionadas las áreas de “Puesto Zúñiga”, “Angostura Norte”, “Cerro Manrique” y “Bajo Hondo”.

Por otra parte, consideré que la empresa tenía privilegios con respecto al resto de las empresas que operaban en el mercado hidrocarburífero, por la “información estratégica” que sin duda manejan los miembros de su Directorio. De hecho, la vicepresidenta de la empresa, era la Jefa del área de Hidrocarburos de la Provincia, órgano de aplicación de toda la legislación hidrocarburífera supranacional, nacional y provincial. Ese funcionario era el que dictaminaba sobre la factibilidad o no de todas las operaciones que tuvieran que ver con la exploración, extracción y explotación del recurso. Aquí, sin duda, además del plexo normativo violentado, se estaría violando la propia Constitución Nacional, en su artículo 16 que establece la igualdad ante la ley. Principio que la propia ley de Ministerios N° 4002 consagra en la última parte del artículo 25 previendo la situación descripta.

Además de las incompatibilidades que he manifestado, la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 que crea y regula las Sociedades con Participación Estatal Mayoritaria en sus arts. 308 y sigs., establece las incompatibilidades para ser Director, remitiéndonos a las legisladas en el art. 264 de la misma ley, el cual establece que: “No pueden ser Directores ni Gerentes: 1.- Quienes no pueden ejercer el comercio.”.

Esta es otra incompatibilidad que alcanza al Secretario de Estado ya que por vía de lo establecido en el art. 25 de la ley K N° 4002 ya reseñada, los cargos de Ministro son incompatibles con el ejercicio de cualquier actividad, rentada o no, con excepción de cargos en la docencia que no exijan dedicación exclusiva. En el mismo sentido se manifiesta la ley N° 3550 en su artículo 22, cuando establece que las normas sobre incompatibilidades allí detalladas se aplicarán sin perjuicio de lo que dispusieran otras leyes provinciales, las que mantendrán su vigencia en tanto no se opongan a ella.

3) MLS: ¿Ud., cree que los órganos de control encargados de investigar la conductas éticas de los funcionarios públicos son independientes? ¿Quién debería elegir a sus titulares?

AP: *Creo que en la actualidad los órganos de control no son independientes y esto ha quedado demostrado en las sucesivas denuncias que he realizado por presuntas violaciones de funcionarios públicos a las normas éticas. En la mayoría de los casos esas denuncias quedaron archivadas sin la debida investigación.*

Los que tuvimos la responsabilidad de acudir a ella (Ley 3550) obligados por las sospechas en algunos casos o investigaciones con pruebas concretas, en otros casos, contra funcionarios que aparecían violando sus preceptos, nos encontramos con procedimientos innecesarios, puertas que la Ley nos imponía abrir y que no conducían a ningún lugar cierto. Gran cantidad de autoridades involucradas en los procedimientos con una delegación tal de responsabilidades que terminaban diluyéndose en los despachos de unos u otros y en el tiempo, sin posibilidad alguna para quien acudió al resguardo de la norma, de ver finalizado su trámite con una resolución definitiva a favor o en contra del funcionario investigado, pero una resolución al fin; profundizando de esta manera las sospechas de la sociedad no solo sobre la conducta de los funcionarios que hubieran cometido delitos en el ejercicio de su función, sino sobre sus superiores jerárquicos como potenciales los encubridores.

4) MLS: En mi tesina concluyo que es necesario modificar la Ley Provincial de Ética Pública N° 3550 a fin de establecer mecanismos más rigurosos de control tanto sobre la gestión como de los ingresos de los funcionarios públicos. ¿Ud. cree que con la modificación legislativa propuesta, es suficiente para evitar actos de corrupción?

AP: Los temas de la Ética, el control de la corrupción y las políticas de transparencia ocupan un lugar cada vez más importante en la agenda pública de los gobiernos. La sociedad demanda transparencia en los actos de gobierno y crece la exigencia de mayor eficiencia y claridad en los procesos de decisiones públicas. La corrupción afecta directamente la economía del Estado; cada desviación de fondos públicos implica menos educación, salud, desarrollo social, menos trabajo, menos viviendas, menos seguridad.

Por ello, creemos que es necesario incrementar la transparencia y la publicidad de todos los actos de gobierno. Para lograr estos objetivos presentamos el año pasado en la Legislatura Provincial un proyecto con una nueva Ley de Ética e Idoneidad de la Función Pública que viene a reemplazar a la Ley N° 3550, que en la práctica dio magros resultados.

El proyecto de ley propone que la Declaración Jurada de Bienes de los funcionarios Públicos sea pública. El art. 8° de la norma propuesta lo establece así, la misma deberá ser presentada ante el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Río Negro bajo juramento de Ley y publicada en el Sitio Web del Organismo donde cumple sus funciones el declarante.

La concreción de un Sistema de Declaraciones Juradas Públicas va a contribuir sin duda a jerarquizar la Función Pública cuyos decisores son percibidos hoy por la ciudadanía como una 'Clase Privilegiada' que solo obtiene beneficios para sí o para sus familiares y amigos. La transparencia a la que en forma sencilla apelamos en la gestión de gobierno restaurará la confianza pública en los gobernantes, hoy deteriorada al punto que los gobernados no se sienten representados por la dirigencia política.

La corrupción existe porque existen funcionarios decisores de políticas públicas corruptos y privados que se benefician con ellas. Por eso estamos convencidos de que con la presentación efectiva de la Declaración Jurada y su publicación, donde cualquier ciudadano así como toda la prensa puedan acceder y ver los ingresos y los bienes que tiene cada funcionario. Analizando la evolución de su patrimonio y el de sus familiares directos estarían en igualdad de condiciones para vigilar el comportamiento de los decisores públicos, cumpliendo así con el precepto constitucional de la publicidad de los actos de gobierno.

ENTREVISTA AL DIPUTADO NACIONAL MANUEL GARRIDO¹⁵⁴

1) MLS: La Constitución de la provincia de Río Negro, en el artículo 2º de las Normas Complementarias – Disposiciones Comunes *prohíbe acumular a una persona dos o más empleos aunque uno sea provincial y los otros municipal o nacional*. ¿Qué opina Ud., sobre la designación de un funcionario en más de un cargo o empleo público remunerado?

MG: *La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164 también prohíbe la designación de una misma persona en más de un cargo público, aunque se trate de cargos en diferentes niveles de gobierno. De modo que, desde el punto de vista legal, si una persona estuviera designada al mismo tiempo en más de un puesto público estaría violando esta norma. Puede ocurrir que existan conflictos de interés, en los que las misiones de uno y otro cargo sean contradictorias, o puede ocurrir también que el Estado fije criterios que apuntan a evitar la concentración de empleos públicos en determinadas personas por su afinidad con determinados grupos en el poder o bien a distribuir el empleo público con un propósito de incentivo económico, entre otros fines.*

En la actualidad, la literatura y los tratados en materia de lucha contra la corrupción hacen hincapié en el concepto de conflicto de intereses, que ocurre cuando el funcionario público tiene intereses personales que podrían entrar en colisión con el deber público e influir negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades. La incompatibilidad, por su parte, es el impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos o empleos públicos a la vez, y así incluso lo define la Real Academia Española.

Mientras que las regulaciones en materia de conflictos de intereses buscan preservar la imparcialidad del funcionario público, evitando que el interés privado pueda contaminar o desviar las decisiones que debe tomar, las regulaciones en materia de incompatibilidades apuntan a proteger la integridad psicofísica del funcionario público, la ordenación del mercado de trabajo, el fortalecimiento de la eficacia de la labor administrativa, el

¹⁵⁴Garrido Manuel es diputado nacional de la UCR (2011-2015), fue Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas (2003-2009), Fiscal de Control Administrativo Interino de la Oficina Anticorrupción (2002-2003), Director de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción (1999-2002), docente de diversas universidades, en especial en la Maestría de Derecho Administrativo Global de la Universidad de Río Negro en la materia Gobernabilidad y Transparencia (2010).

establecimiento de un medio jurídico para evitar abusos en la distribución de cargos públicos, y la defensa y garantía del interés público en la actuación de los funcionarios .

Además, podría ocurrir que la dedicación requerida por las distintas funciones sea incompatible, ya que nadie puede ejercer debidamente dos cargos públicos que implican, en la mayoría de las veces, dedicación full time o bien horarios que se superponen. En esos casos, podría haber incluso un delito, porque es claro que el funcionario está incumpliendo con alguno de los empleos o con ambos a la vez.

2) MLS: *¿La designación de un funcionario público como directivo de una SAPEM, cuya actividad principal está vinculada al organismo al que pertenece el funcionario, es decir que actúa como controlante y controlado, hace incurrir a dicho funcionario en conflicto de intereses?*

AG: *A nivel federal podría darse, en un caso similar, un conflicto de intereses si como funcionario tuviere competencia funcional directa sobre el desempeño o las actividades que desarrolla la SAPEM. La Ley 25.188 lo deja claro en el artículo 13: “Es incompatible con el ejercicio de la función pública:*

a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por 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.”

El funcionario en cuestión podría privilegiar a la SAPEM que dirige con decisiones que tome en el ejercicio de la función pública o abstenerse de tomar determinadas decisiones que la afecten, o utilizar información privilegiada a la que podría acceder para beneficiar a la empresa.

3) MLS: *¿Ud., cree que los órganos encargados de investigar las conductas éticas de los funcionarios públicos, son independientes? ¿Quién debería elegir a sus titulares?*

MG: *En la Argentina los órganos de control no son independientes, pese a ser parte de convenciones internacionales que establecen que estos órganos deben gozar de la independencia necesaria para cumplir con sus funciones.*

La Comisión Nacional de Ética Pública que a nivel federal preveía la ley 25188, que debía componerse con personas calificadas designadas por los distintos poderes del Estado, nunca se constituyó y fue derogada dentro del paquete de la mal llamada “democratización de la justicia”.

La Auditoría General de la Nación, que controla a la Administración Pública, tiene deficiencias que impactan en su independencia como la conformación del Colegio de auditores con mayoría oficialista y la constitución de la Comisión Mixta Revisora de Cuentas, de quien depende la AGN, que también tiene mayoría oficialista, de forma que impide el real tratamiento de las conclusiones de las auditorías de la AGN.

La Fiscalía de Investigaciones Administrativas no tiene adecuadamente delimitadas sus funciones, de modo que el Procurador General de la Nación puede limitar al extremo su intervención en los casos de corrupción, como de hecho ha ocurrido.

El nombramiento de las autoridades depende del organismo del que se trate. Con respecto al titular de la AGN, la elección la hace el partido de oposición con mayor representación en el Congreso. Esto garantiza cierta independencia. Sin embargo, lo que hay que modificar por ley es la composición del cuerpo de auditores y de la Comisión Mixta Revisora de Cuentas.

Lo mismo con la FIA. Su titular es seleccionado por concurso. Sin embargo, por ejemplo en la actualidad y desde finales de 2008 el cargo es ejercido de manera interina. Esto es un elemento que quita independencia al organismo.

La Oficina Anticorrupción depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y su titular es nombrado por el Presidente. La falta de independencia en la forma de selección del titular y la posibilidad siempre presente de que pueda ser removido fácilmente, le quita la autonomía necesaria para ejercer el debido control. Asimismo, la falta de recursos propios incide también en su falta de independencia. Con respecto a la Oficina Anticorrupción habría que hacer una reforma integral. Hoy no está pensada como un organismo independiente. Por lo tanto, no puede trabajarse solo en la forma en que se elige su autoridad. Si se realizara una reforma integral, el titular del organismo debería ser elegido por concurso, con participación ciudadana y presentación de impugnaciones. Además, podría tener una duración contracíclica con respecto al Presidente.

Sin lugar a dudas, las agencias encargadas de velar por el comportamiento ético de los funcionarios y controlar el gasto público deberían gozar de plena autonomía. Es indispensable también garantizar estos organismos autarquía financiera.

4) MLS: ¿Ante la demanda social de mayor transparencia y ética en el ejercicio de la función pública, qué medidas preventivas podrían adoptarse a fin de evitar la continua actuación irregular de los funcionarios públicos?

MG: *En la Argentina conviven dos problemas: la falta de algunas normas claves y la falta de implementación y enforcement de otras que ya se encuentran vigentes.*

La Argentina adeuda una ley nacional de acceso a la información pública. Junto a Venezuela, Bolivia, Honduras y Costa Rica, somos los únicos países de la región que no cuentan con una norma que regula a nivel nacional el derecho humano de acceder a información del Estado. La sanción de esta ley es un requisito para la construcción de instituciones transparentes y para darle credibilidad y legitimidad a las decisiones públicas. La luz pública reduce la discrecionalidad y permite un mayor control ciudadano y de los organismos de control.

Una norma que ha sido poco aplicada y que no cuenta con el enforcement adecuado es la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública. Esta ley preveía la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública como autoridad de aplicación de la normativa. Como nunca se creó, los diferentes poderes aplicaron las disposiciones previstas a su criterio (y en general, salvo en el Poder Ejecutivo, casi no se aplicó. La Oficina Anticorrupción tomó varias de las funciones de la Comisión y, en sus primeros años, logró diseñar e implementar un sistema de control ético para los funcionarios públicos). El único instituto que se mantuvo a través de los años, fundamentalmente en el ámbito del PEN, fue la presentación, publicación y control de las Declaraciones Juradas de los funcionarios públicos. Esto hasta la sanción en 2013 de la Ley 26.857 que modificó el antiguo régimen para instaurar uno mucho más discrecional y que dificulta definitivamente el control público y social de las declaraciones juradas patrimoniales. Cabe recordar que la existencia de este instrumento es vital para identificar incompatibilidades, conflicto de intereses y enriquecimiento ilícito.

Otras normas que deberían sancionarse son una ley de gestión de intereses, de recupero de activos, de protección de testigos y denunciantes de actos de corrupción para promover la participación y denuncia de aquellos que tienen información vital de casos de corrupción.

5) MLS: En mi tesina concluyo que es necesario modificar la Ley Provincial de Ética Pública N° 3550, a fin de establecer mecanismos más rigurosos de control tanto sobre la gestión como de los ingresos de los funcionarios públicos. ¿Ud. cree que con lo modificación legislativa, es suficiente para evitar actos de corrupción?

MG: *La modificación legislativa es un primer paso y sin lugar a dudas necesario. Una mala legislación puede hacer difícil la tarea de control y puede permitir la discrecionalidad de los funcionarios. Sin embargo, el enforcement de las normas es indispensable. Debe existir voluntad política de llevarlas a la práctica y de hacerlas cumplir.*

ENTREVISTA AL FISCAL DE ESTADO ADJUNTO JUAN BAUTISTA JUSTO¹⁵⁵

1) MLS: La Constitución de la provincia de Río Negro en el artículo 2º de las Normas Complementarias – Disposiciones Comunes “*prohíbe acumular a una persona dos o más empleos, aunque uno sea provincial y el otro u otros nacionales o municipales*”. Sin embargo, en la provincia existen numerosos antecedentes en donde una persona ha sido designada para prestar servicios en más de un cargo público o percibe un haber jubilatorio y a su vez tiene un empleo público. ¿Qué opina Ud., sobre esas designaciones? ¿Arriba a la misma conclusión cuando un empleo es remunerado y el otro ad honorem?

JBJ: *Por vía de principio, la acumulación de cargos debe considerarse vedada. Sin embargo, si sólo uno es remunerado y la medida apunta a una mayor eficiencia en el gasto público (vg. reduciendo la cantidad de funcionarios), la solución sería más discutible. Si la finalidad del Constituyente fue evitar el privilegio de una doble percepción salarial, el supuesto indicado anteriormente no contradiría la norma. Por el contrario, si el Constituyente procuró promover una dedicación exclusiva a cada función, el carácter ad honorem del segundo cargo no sanearía la infracción. La interpretación amplia o restrictiva depende de los fines que el Constituyente tuvo en miras con la sanción de la cláusula.*

Existe, en rigor, una inconsistencia de base en esta temática: si un cargo puede ser cubierto por alguien que tiene otro, alguno de los dos cargos debería ser suprimido. Excepcionalmente, existen funciones que pueden ser desplegadas eficazmente de modo concurrente, pero ello sólo debería admitirse luego de una exhaustiva fundamentación de las misiones en juego.

2) MLS: La sociedad demanda mayor transparencia y ética en el ejercicio de la función pública ¿qué medidas preventivas se podrían adoptar a fin de evitar contratos irregulares o prevenir prácticas corruptas?

JBJ: *Propondría el sorteo de ciudadanos para que intervengan en los procesos de control y fiscalización de los procedimientos de selección y ejecución contractual. El mecanismo del sorteo posee un gran potencial para fomentar la apertura democrática: puede ser útil no sólo para evitar el problema de participación selectiva –por la cual sólo algunos sujetos*

¹⁵⁵Justo Juan es Fiscal de Estado Adjunto de la provincia de Río Negro (2011 a la fecha) y profesor de Derecho Administrativo y Práctica Profesional de la Universidad Nacional del Comahue.

especializados con intereses puntuales terminan interviniendo en esos procedimientos-, sino, en especial, para generar en los ciudadanos una cultura de pertenencia e integración a partir del carácter potencial y abierto de la participación que es inherente a la aleatoriedad del instrumento.

Cualquier ciudadano puede en cualquier momento transformarse en un partícipe directo del control y ello lo hace parte permanente del sistema. El valor del sorteo reside en los rasgos de permanencia y universalidad de la participación que engendra. Todas las personas son todo el tiempo potenciales sujetos directos e inmediatos de la toma de decisiones. Ese status los acerca al sistema, los hace sentirse parte y de ese modo contribuye al necesario cambio cultural en esta materia.

Paralelamente, el sorteo evita la captura del controlante, en la medida en que da lugar a un entramado descentralizado de sujetos que aleatoriamente tendrán a cargo esa función.

3) MLS: ¿La designación de un funcionario público como directivo de una SAPEM, cuya actividad principal está vinculada al organismo al que pertenece el funcionario, es decir que actúa como controlante y controlado, hace incurrir a dicho funcionario en conflicto de intereses?

JBJ: *Todo escenario en que el controlado carece de independencia frente al controlante implica una anomalía. Si en el caso concreto se configura efectivamente una relación de control entre el organismo que integra el funcionario y la SAPEM es posible hablar de conflicto de intereses. Sin embargo, no en todos los supuestos hablamos de un escenario de control en sentido estricto, sino de vinculaciones funcionales de otra índole, por ejemplo jerárquicas.*

4) MLS: La Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública, prevé dos procedimientos según el tipo de infracción que cometa el funcionario; ante el Tribunal de Cuentas si omitió presentar la declaración jurada de bienes e ingresos o ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativa y/o el organismo al que pertenece el funcionario infractor en los casos de incompatibilidades previstas en el artículo 19 de la Ley. Hoy la sociedad reclama una mayor independencia e imparcialidad de los órganos encargados de investigar ¿Para Ud. qué organismo o entidad piensa sería el apropiado para investigar las conductas contrarias a la ley de ética pública?

JBJ: *Creo que la ley de ética pública debería ser fiscalizada por un Consejo de Ciudadanos elegidos por sorteo.*

5) MLS: En mi tesina concluyo que es necesario modificar la Ley Provincial de Ética Pública N° 3550, a fin de establecer mecanismos más rigurosos de control tanto sobre la gestión como del patrimonio de los funcionarios públicos. ¿Ud. cree que con lo modificación legislativa, es suficiente para evitar actos de corrupción?

JBJ: *Creo que las únicas herramientas que permiten luchar eficazmente contra la corrupción son aquellas que promueven: a) El acceso efectivo de la ciudadanía a la información en poder del Estado (vg. obligando al Estado a difundir de oficio en qué gasta el dinero); b) El empoderamiento de la sociedad civil para reclamar en función de ese acceso (vg. controles por sorteo); y, c) Las que concientizan sobre la conexión entre la corrupción y la calidad de vida de las personas (vg. mediante difusión de oficio de estadísticas).*

En definitiva, no se trata a mi juicio de crear nuevas instituciones gubernamentales de control o de ampliar las competencias de las ya existentes, sino de habilitar una circulación fluida de la información hacia la ciudadanía, activando con ello un modelo descentralizado de control público.

ENTREVISTA AL PROFESOR LUIS EMILIO PRAVATO¹⁵⁶

1) MLS: La Constitución de la provincia de Río Negro en el artículo 2º de las Normas Complementarias – Disposiciones Comunes “*prohíbe acumular a una persona dos o más empleos aunque uno sea provincial y el otro u otros nacionales o municipales*”. Sin embargo, en la provincia existen numerosos antecedentes en donde una persona es designada para prestar servicios en más de un cargo público o percibe un haber jubilatorio y a su vez tiene un empleo público. ¿Qué opina Ud., sobre esas designaciones? ¿Arriba a la misma conclusión cuando un empleo es remunerado y el otro ad honorem?

LP: *En principio, puede interpretarse el citado art. 2º de las Normas Complementarias, CP, como estableciendo una prohibición de acumular más de un empleo público (planta permanente). Creo también, que dicha prohibición incluye al personal transitorio (locación de servicio, jornalizado, pasantías, contrato de medio, etc.). Es decir, por ejemplo, no se podría tener planta permanente en la Administración Provincial y una relación de empleo público transitorio en la Municipalidad de Viedma o de Patagones. (No obstante lo expresado, conozco casos de médicos que tienen planta en el escalafón profesional de la policía de RN y son contratados en el Hospital Municipal de Patagones).*

La excepción a la regla en cuestión es el ejercicio de la docencia, conforme la reglamentación.

Con relación a la situación de los jubilados que reingresan a la actividad pública, en su momento, existía normativa que lo autorizaba con determinado descuento sobre los haberes de la función pública. No tengo presente si está vigente.

Otro supuesto que genera dudas en su inteligencia, es el caso de un profesional de planta permanente de la ley 3487 que es designado síndico en una sociedad del Estado regida por el Derecho Privado.

2) MLS: La Ley L N° 3550 de Ética e Idoneidad en la Función Pública, prevé dos procedimientos según el tipo de infracción que cometa el funcionario; ante el Tribunal de Cuentas si omitió presentar la declaración jurada de bienes e ingresos o ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativa y/o el organismo al que pertenece el funcionario infractor en los casos de incompatibilidades previstas en el artículo 19 de la Ley. Hoy la sociedad reclama

¹⁵⁶Pravato Luis Emilio es Magister en Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Rosario, fue Secretario Auditor Legal del Tribunal de Cuentas de la provincia de Río Negro (1983-2011), es Profesor de la Universidad Nacional del Comahue y de la Universidad Nacional de Río Negro, actualmente ejerce la actividad privada.

una mayor independencia e imparcialidad de los órganos encargados de investigar. ¿Para Ud. qué organismo o entidad piensa sería el apropiado para investigar las conductas contrarias a la ley de ética pública?

LP: *Interpreto que el ámbito de competencia del Tribunal de Cuentas (TC) y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA) en el marco de la ley 3550 es el siguiente: La investigación (sumario) de posibles infracciones al régimen de obligaciones de dicha ley debe estar en cabeza exclusiva de la FIA. Rige al respecto el principio acusatorio, por imperativo constitucional federal (in re CSJ “Tarifeño”, “Sandoval”, etc.). El TC solo está habilitado a juzgar (resolver) previo dictamen acusatorio de la FIA. En ningún momento puede investigar. Por ejemplo, si el TC toma conocimiento que un obligado no ha presentado declaración jurada de bienes, debe dar traslado a la FIA para el inicio del sumario.*

3) MLS: La sociedad demanda mayor transparencia y ética en el ejercicio de la función pública, frente a esa premisa ¿Qué medidas preventivas se podrían adoptar a fin de evitar contratos irregulares o prevenir prácticas corruptas?

LP: *Creo que la normativa vigente es suficiente para controlar el gasto público. El problema es que se la aplica de modo irregular o deficiente. Por ejemplo el uso desnaturalizado del legítimo abono o del anticipo de fondos o la contratación directa irregular. La cultura del incumplimiento normativo se halla presente en la sociedad civil y en su consecuencia, en los funcionarios públicos que surgen de ella. El control horizontal (por ejemplo, órganos de control interno y externo, actuación del Poder Legislativo en la aprobación de la cuenta de inversión etc.) necesariamente debe combinarse con un control vertical (concepto de gobernanza).*

Las Política Públicas, según Tamayo Saéz, son “el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios(...)”. Dentro del significado de dicho concepto podemos individualizar el vigilar adecuadamente el accionar de las Administraciones Públicas, sobre todo en materia de recursos económicos. En otros términos, la política pública del control de los gastos de los recursos del Estado.

Existen sobre el particular, los siguientes modelos:

A) La denominada political accountability, también llamada rendición de cuentas vertical, que se establece entre los ciudadanos, sus órganos de representación y el Gobierno, que nos

remite a la teoría de la representación pública y acostumbra a examinar, por un lado, los mecanismos de control parlamentario. Además debe tenerse en cuenta el nivel de adecuación de las preferencias entre la opinión de la ciudadanía y la actuación del Gobierno, articulado en torno al llamado principio de responsiveness, que podríamos definir como la influencia o permeabilidad del Gobierno a las preferencias de la ciudadanía.

B) La denominada rendición de cuentas horizontal, entre el Gobierno y la administración y órganos independientes de la misma, pero de carácter institucional, usualmente dependientes del poder legislativo que establecen un escrutinio de su labor. Este es el tipo de rendición de cuentas más identificado con el término accountability y relacionado con su concepto central: el control del Gobierno y la administración.

C) Desde los primeros años de este siglo, por último, se ha extendido la idea de un tercer tipo de rendición de cuentas, llamada diagonal o social, que se establece entre la administración pública y la ciudadanía, como forma más o menos continuada de control en los períodos interelectorales, establecida en este caso mediante formas muy diversas, como memorias, balances, organismos, etc. y con mecanismos también diversos en relación a la información facilitada o a la explicación y valoración del comportamiento (performance) de la administración.

Debemos incluir el sistema de la provincia de Río Negro en el individualizado en el punto B (horizontal). Así, los artículos 161º, 163º y concordantes de la Constitución Provincial, determinan que el Tribunal de Cuentas es un órgano de control externo, con autonomía funcional, que entre otras atribuciones, controla la legitimidad de lo ingresado e invertido en función del presupuesto, por la Administración centralizada y descentralizada, vigila el cumplimiento de las disposiciones legales y procedimientos administrativos, e informa anualmente a la Legislatura sobre los resultados del control que realiza.

Para el Constituyente de 1988 conforme la sistemática de la carta magna rionegrina el Tribunal de Cuentas es un órgano constitucional de contralor, incluido en el ámbito del Poder Legislativo. En tal contexto institucional debe ejercer un control de ejecución presupuestaria que se caracteriza por las siguientes notas: externo (no integra la estructura del sujeto que controla), posterior (su función deviene con posterioridad al gasto) y de legalidad (no ejerce un control de gestión)

Tres posibles componentes orientados a asegurar y consolidar los nudos críticos de un eficiente sistema de control en la ejecución presupuestaria, podrían ser:

A) Imparcialidad del órgano de control

B) Claridad de procedimientos en el control y garantía adecuada de los derechos constitucionales de los sujetos controlados.

C) Capacitación de los recursos humanos que conforman la estructura del Tribunal de Cuentas,

A) Imparcialidad del órgano de control.-

Uno de los componentes básicos del sistema consiste en que las personas que ejerzan el control de los gastos públicos participen de los estándares básicos de imparcialidad. Esto es, la aptitud de poder resistir a las presiones del Gobierno (sujeto a controlar) y también de otros sujetos partícipes de la dinámica política (partidos políticos de la oposición, actores del mercado y de la sociedad civil, etc.)

En principio, desde el orden jurídico provincial hay una serie de normas que intentan, por lo menos desde el plano formal, satisfacer tal exigencia.

Así, la Constitución Provincial en su artículo 162 determina que *“Para ser miembro del Tribunal de Cuentas se requieren iguales exigencias que para ser legislador y, además, título de abogado o graduado en ciencias económicas, debiendo acreditar diez años de ejercicio de la profesión”*

Por su parte el artículo 166 dispone que: *“Los miembros del Tribunal de Cuentas son designados por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo. Duran seis años en las funciones y pueden ser redesignados. Se remueven por las causales y procedimientos del juicio político”*

A poco de puesto en funcionamiento el citado sistema de control, en diciembre de 1994, desde diferentes instituciones sociales (partidos políticos de la oposición, medios de prensa, organismos no gubernamentales) se cuestionó el modelo de designación de los vocales del Tribunal de Cuentas. En especial, las críticas estaban centradas en un particular modo de cooptación de los integrantes por parte del Gobierno Provincial.

B) Claridad de procedimientos en el control con garantía adecuada de derechos constitucionales de los sujetos controlados.

Los procedimientos diseñados en la legislación específica (Ley 2.747) articulan el control del Tribunal de Cuentas sobre la hacienda pública mediante un esquema que combina el modelo de rendición de cuentas, las auditorías contables y el funcionamiento como tribunal

administrativo en el juzgamiento de ilícitos administrativos en su vertiente legal contable y patrimonial (Juicio de Cuentas y Juicio de Responsabilidad)

Todo procedimiento administrativo tramitado en la instancia del Tribunal de Cuentas se halla sujeto a revisión por parte del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, lo que garantiza el debido proceso constitucional de defensa.

C) Capacitación de los recursos humanos que conforman la estructura del Tribunal de Cuentas.

Formalmente, desde la normativa de la Constitución Provincial, reglamentada por la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, existe un régimen para garantizar la idoneidad del personal profesional que integra el Tribunal de Cuentas.

La concepción de Estado que podemos formular es la de un Estado como “autónomo” ya que los funcionarios son capaces de formular sus propios objetivos y de implementar las políticas que de ellos derivan.

El sistema de control de la hacienda estatal y paraestatal rionegrina, se encuentra en la cuarta fase. En este nuevo modelo de control rionegrino, donde interactúan los órganos de control interno (Contaduría General y Fiscalía de Estado), el órgano de control externo (Tribunal de Cuentas), los funcionarios y agentes públicos controlados y los actores de la sociedad civil (medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales, contribuyentes del Fisco, etc.) interesados en que el gasto público sea lo más cristalino posible. Podemos afirmar que una variable está representada en gran medida por el grado de independencia e imparcialidad, (déficit en las capacidades de gestión) de los encargados en brindar la política pública de control de los gastos del Estado.

En otras palabras, debe llegarse a un adecuado convencimiento que las personas elegidas como vocales del Tribunal de Cuentas estarán en aptitud de enfrentar las presiones del Gobierno de turno que justamente deben controlar.

En este sentido, surge como primer problema el déficit del sistema del régimen constitucional adoptado (elección por parte del Poder Ejecutivo, mas acuerdo de la Legislatura con mayoría simple, de un posible candidato –graduado en Derecho y/o en Ciencias Económicas, con diez años de ejercicio profesional- para el Tribunal de Cuentas), no impide objetivamente la cooptación de la estructura de poder que debe controlarse.

El segundo problema, esta vinculado al grado de capacitación que el Tribunal de Cuentas procura impartir a los cuadros técnicos de su estructura.

El control de la hacienda estatal, en tanto política pública a implementar, exige una capacitación permanente de sus cuadros que mayoritariamente están integrados por graduados en Ciencias Económicas, en Derecho y en Administración.

Si bien las autoridades del Tribunal de Cuentas desde su constitución y puesta en funcionamiento (diciembre de 1994) han llevado una política de incorporar a tales graduados por distintas vías (concursos, contratos, pasantías) y de ese modo revertir el perfil que tenía el anterior órgano de control (Contraloría General), en el que predominaba el personal del escalafón administrativo por sobre el escalafón profesional, tales decisiones no se han combinado con una política sistemática de capacitación como lo exige la dinámica y complejidad de la actual administración pública.

El tercer problema que también se integra con la noción de déficit en la gestión consistiría en la falta de una adecuada interrelación con los actores de la sociedad civil. Esto es, a más de una década de la implementación del nuevo modelo de control de la hacienda pública la función del Tribunal de Cuentas es desconocida por la comunidad rionegrina.

Retomando al primer problema, (modificación del sistema de elección de los vocales del Tribunales de Cuentas a efectos de garantizar adecuada y objetivamente la imparcialidad de los mismos) como alternativa para superarlo, encontramos dentro de los diversos modelos de los sistemas comparados, a las siguientes variantes que rescatamos:

A) Integrar a la oposición política, con representación en la Legislatura, en forma parcial o total, según las propuestas, en la conducción del Tribunal de Cuentas.

Durante el periodo 2003-2007 el Gobierno de la UCR y la oposición que encabezaba el Partido Justicialista llegaron a un principio de acuerdo en este tema, como capítulo de un Acuerdo Político más general. En este sentido, la idea era seguir el modelo del Estado Nacional, en que la Auditoria General se halla presidida por un representante del principal partido en la oposición. Dicho acuerdo, en virtud de la coyuntura política del año 2008 se malogró. En el período 2011-2015, con el recambio político en el Poder Ejecutivo, el peronismo oficialista continuó la práctica iniciada por la UCR en la designación de los vocales del TC, al designar a militantes de su sector.

B) Designar a los futuros integrantes del Tribunal de Cuentas luego de un proceso donde se combinen un concurso de antecedentes y oposición con una audiencia pública donde los distintos actores de la sociedad civil estén en condiciones de hacer oír sus impugnaciones respecto al candidato en cuestión.

A nuestro criterio, la variante individualizada en B) es la que mejor se adecua a los estándares de la noción de gobernanza

Por el contrario, el modelo planteado en A), implicaría trasladar a un órgano técnico la lógica del debate político, propia de un escenario parlamentario.

Respecto al segundo problema, (falta de un sistema de capacitación y actualización de los cuadros técnicos del Tribunal de Cuentas, que supere el modelo inorgánico de cursos que esporádicamente se brindan) una herramienta que consideramos adecuada es implementar un convenio marco con las autoridades de las dos universidades nacionales con asiento en Viedma: la Universidad Nacional del Comahue (CURZA) y la Universidad Nacional de Río Negro, a efectos de organizar posgrados en finanzas, contabilidad pública, administración pública, derecho público, etc.

En tal sentido, un ejemplo a seguir por el Tribunal de Cuentas es el del Poder Ejecutivo Provincial quien en el curso del 2009 convino con la Universidad Nacional de Río Negro la implementación de:

- I) Una Licenciatura en Seguridad Ciudadana para el personal policial, que se está brindando a partir del primer cuatrimestre del 2009, y*
- II) Una Maestría en Derecho Administrativo para los abogados de la Administración Pública que organizada por la UNRN a partir del 2010. Se plantea la necesidad por parte del Tribunal de Cuentas de articular un sistema de vinculación con los organismos no gubernamentales de la sociedad civil dedicados a la protección del medio ambiente, la defensa de los usuarios y consumidores, la lucha contra toda forma de corrupción, etc., con los sindicatos del sector público y con otras organizaciones intermedias de la comunidad.*

Si bien el Tribunal tiene implementado una página en Internet donde se publicita su tarea y puede conocerse la jurisprudencia más importante, la misma no constituye una herramienta suficiente. Deberán celebrarse convenios de asistencia y colaboración con las entidades citadas precedentemente e instrumentarse una adecuada política de comunicación.

4) *En mi tesina concluyo que es necesario modificar la Ley Provincial de Ética Pública N° 3550, a fin de establecer mecanismos más rigurosos de control tanto sobre la gestión como del*

patrimonio de los funcionarios públicos. ¿Ud. cree que con lo modificación legislativa, es suficiente para evitar actos de corrupción?

Creo que la ley 3550 debería modificarse pues tiene muy mala sistemática y contiene contradicciones en su articulado. Por otra parte algunas de sus disposiciones son inconstitucionales.

Me remito a lo expresado precedentemente.

ANEXO II

AUTORIZACIONES

Viedma, 5 abril 2016.-

Por la presente autorizo la difusión y eventual publicidad, con fines académicos, de la entrevista realizada por María Laura Soliverez con motivo de su tesina "El alcance de las incompatibilidades y conflicto de intereses del personal superior de las Sociedades del Estado. Su especial análisis en la provincia de Río Negro", de la Maestría en Derecho Administrativo Global.

La presente se realiza a los fines de la defensa que la alumna realizará el día 21 de abril de 2016 en la la Universidad Nacional de Río Negro.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ana Piccinini', written over a horizontal dashed line.

(firma)

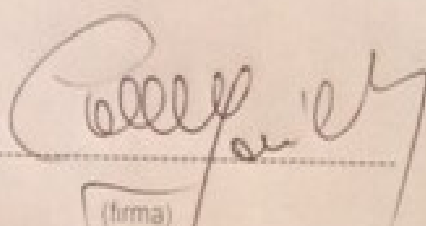
ANA PICCININI

(aclaración)

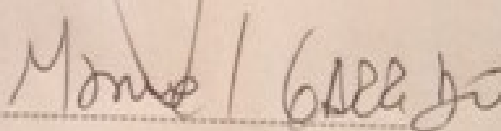
Buenos Aires, 6 de abril 2016.

Por la presente autorizo la difusión y eventual publicidad, con fines académicos, de la entrevista realizada por María Laura Soliverez con motivo de su tesina "El alcance de las incompatibilidades y conflicto de intereses del personal superior de las Sociedades del Estado. Su especial análisis en la provincia de Río Negro", de la Maestría en Derecho Administrativo Global.

La presente se realiza a los fines de la defensa que la alumna realizará el día 21 de abril de 2016 en la Universidad Nacional de Río Negro.



(firma)

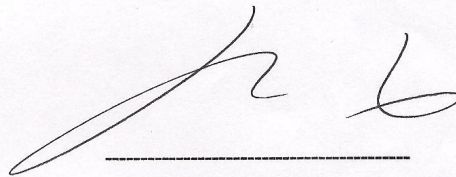


(aclaración)

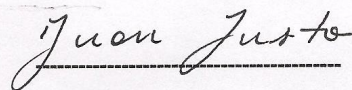
Viedma, *M* abril 2016.-

Por la presente autorizo la difusión y eventual publicidad, con fines académicos, de la entrevista realizada por María Laura Soliverez con motivo de su tesina "El alcance de las incompatibilidades y conflicto de intereses del personal superior de las Sociedades del Estado. Su especial análisis en la provincia de Río Negro", de la Maestría en Derecho Administrativo Global.

La presente se realiza a los fines de la defensa que la alumna realizará el día 21 de abril de 2016 en la la Universidad Nacional de Río Negro.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters, positioned above a horizontal dashed line.

(firma)

A handwritten signature in black ink that reads "Juan Justo" in a cursive script, positioned above a horizontal dashed line.

(aclaración)

Viedma, 6 abril 2016.-

Por la presente autorizo la difusión y eventual publicidad, con fines académicos, de la entrevista realizada por María Laura Soliverez con motivo de su tesina "El alcance de las incompatibilidades y conflicto de intereses del personal superior de las Sociedades del Estado. Su especial análisis en la provincia de Río Negro", de la Maestría en Derecho Administrativo Global.

La presente se realiza a los fines de la defensa que la alumna realizará el día 21 de abril de 2016 en la Universidad Nacional de Río Negro.



(firma)

---LUIS EMILIO PRAVATO

-----Magíster en Estudios Políticos (Univ. Nac. de Rosario)

Profesor Asociado Regula (Univ. Nac. del Comahue

(aclaración)