

Nota OA N° 247/03

BUENOS AIRES, 24 de Julio de 2003

Señor **MINISTRO**:

1. Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en mi carácter de Director de Investigaciones a cargo de la Fiscalía de Control Administrativo de la Oficina Anticorrupción, a fin de elevarle el expediente del registro de este Ministerio N° 136.215/02, en el que se analiza la situación de la ex Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Sra. Graciela Camaño y de la Secretaría de Trabajo de dicha Cartera, Dra. Noemí Rial, en relación a la normativa sobre conflictos de intereses.

En las presentes actuaciones tramita un proyecto de Decreto por el cual se propone que el Presidente de la Nación haga lugar al recurso jerárquico interpuesto por las funcionarias citadas y, de esta manera, dejar sin efecto la Resolución OA/DPPT N° 103/03 (conf. fs. 155/177) en la cual determiné que la Sra. Camaño y la Dra. Rial incurrieron en un conflicto de intereses en violación a la normativa sobre Ética Pública vigente (Ley N 25.188 y Decreto 41/99).

La Sra. Camaño y la Dra. Rial incurrieron en tal violación al dictar la Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTySS) N° 708/02 que dejó sin efecto la obligación para los dirigentes sindicales de presentar declaraciones juradas patrimoniales prevista en la Resolución del ex Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos (MTEyFRH) N° 377/01.

En relación a la Dra. Rial, arribé a tal conclusión, por cuanto dicha funcionaria violó el plazo de carencia de tres años previsto en el artículo 15 de la Ley N° 25.188, texto reformado por el Decreto N° 862/01, que le impide intervenir en asuntos desde su cargo público en los cuales haya estado relacionada desde el ámbito privado. En efecto, la funcionaria mencionada tuvo una intervención previa a la asunción como Secretaria de Trabajo, al presentarse como apoderada de la C.G.T. ante la Justicia del Trabajo para solicitar la inconstitucionalidad de la Resolución M.T.E y F.R.H. N° 377/01 en la causa N° 22.167/01 "Confederación General del Trabajo y otros c/ Estado Nacional (conf. el informe del Juzgado del Trabajo N° 13 a fs. 71). En ese mismo carácter, se presentó el 16-8-01 ante la Cartera

Laboral deduciendo un recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio para impugnar la Resolución M.T.E y F.R.H. N° 377/01 ya mencionada en sede administrativa (conf. fs. 1 del expediente M.T.E.y F.R.H. N° 1044644/01 agregado a estas actuaciones).

Estas circunstancias reseñadas la inhibían de intervenir en esta cuestión desde su cargo público como Secretaria de Trabajo, pues menos de tres años después de aquellas intervenciones, propició que se derogase la Resolución que como apoderada de la C.G.T. había impugnado, mediante la elevación a la ex Ministra Camaño del proyecto de Resolución que con posterioridad llevaría el número M.T.E. y S.S. N° 708/02 (conf. el expediente N° 1.062.976/02, cuya copia certificada se encuentra a fs. 30/65; en especial, ver fs. 30/31, 53 y 57/58).

En cuanto a la ex Ministra, Sra. Graciela Camaño, arribé a la conclusión de que debía excusarse de adoptar la Resolución M.T.E. y S.S. N° 708/02, a fin de que la imparcialidad que se exige para la toma de decisiones públicas no pudiera ser razonablemente cuestionada. Ello así, por cuanto la decisión que adoptó la benefició personalmente, a su hermano y a su marido, señor José Luis Barrionuevo, por tratarse de un dirigente sindical que se encontraba obligado a presentar su declaración jurada patrimonial por la Resolución que su cónyuge -la ex Ministra-, dejó sin efecto.

Debo señalar que con respecto a la falta de excusación de las citadas funcionarias, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de este Ministerio en su dictamen N° 738/03 arribó a igual conclusión.

2. El proyecto de Decreto que tramita en las presentes actuaciones para determinar que la Sra. Camaño y la Dra. Rial no incurrieron en conflictos de intereses se apoya en el dictamen del entonces Procurador del Tesoro de la Nación Dr. Rubén Miguel Citara N° 327/03, de fecha 22-5-03, agregado a fs. 228/234, en el cual se realizan una serie de afirmaciones erróneas y quitadas de contexto, que lo convierten en un verdadero acto arbitrario, con el sentido que ha otorgado a tal término la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, en el dictamen de la P.T.N. se afirma que de las definiciones de conflictos de intereses esbozadas (sic) en el "informe de fojas 133/147" -degradando el carácter de Resolución que poseen los pronunciamientos de esta Oficina Anticorrupción-, "surge como nota característica de la figura, el ánimo o espíritu de lucro, sea pecuniario o en especie, que es lo que lleva al funcionario público a anteponer sus intereses personales ante el

interés público, por el que debe velar en ejercicio del cargo que detenta.”

Debo señalar que estas afirmaciones están alejadas de lo que verdaderamente se afirmó en la Resolución OA/DPPT N° 103/03 y del texto de la normativa de ética pública vigente en nuestro país, lo que me obliga a transcribir tediosa, pero necesariamente, los considerandos 5 y 6 de la Resolución citada:

En aquella oportunidad sostuve textualmente:

“ 5. *Que a fin de resolver la cuestión, debe recordarse una vez más el concepto de conflicto de intereses, para distinguirlo de otras cuestiones. En efecto, esta Oficina en numerosas oportunidades ha señalado que el régimen de conflictos de intereses se ha establecido a fin de evitar que el interés particular afecte la realización del fin público al que debe estar destinada la actividad del Estado -conf., en este sentido, Máximo Zin, Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Ed. Depalma, 1986, pág. 8- (conf. resolución expedientes 60/99 ONEP, del 17-3-00; MJyDH 124.620, del 29-3-00; MJyDH 127.205, del 17.10.01, entre tantos otros).*

Que otra definición en esta línea la brinda el autor español Pablo García Mexía, para quien 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 especie” (en “Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea”, Colección Divulgación Jurídica, pág. 97, Ed. Aranzadi, Elcano –Navarra-, 2001).

Que, asimismo, la doctrina norteamericana maneja este mismo concepto de conflicto de intereses: “existe una situación de conflicto de intereses allí cuando el interés personal del funcionario público colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña” (Terry L. Cooper, The Responsible Administrator, Kennicat Press Corporation, 1982, pag. 86). “Los conflictos de intereses se producen cuando los funcionarios públicos tienen oportunidad de utilizar su poder para obtener una ganancia personal, independientemente de las demandas que pudiesen efectuar los actores privados. En ese sentido, estas situaciones constituyen un conflicto en la medida en que el interés particular se antepone al rol público” (Cooper, op. cit., pag. 86).

Que, en definitiva, lo que se pretende evitar es que el funcionario tome decisiones que lo beneficien personalmente, y que su criterio no esté influido por intereses distintos que impidan actuar con imparcialidad. De allí también la justificación de las

normas sobre excusación que rigen para quienes cumplen funciones públicas (art. 2, inc. i) de la Ley 25.188 y 42 del Decreto 41/99).

6. Que nuestra legislación, para cumplir con los objetivos tenidos en cuenta, ha establecido una serie de prohibiciones en la Ley N° 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública. En efecto, el artículo 13 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, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades”.

Que por el artículo 15 de la Ley N° 25.188, reformada por el Decreto N° 862/01 se dispuso: "En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 13, deberá: a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo; b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tengan participación societaria".

Que en este mismo sentido, para preservar la imparcialidad de criterio frente a situaciones que beneficien particularmente al funcionario, se expiden los artículos 23 y 41, 1° párrafo, del Decreto N° 41/99. Ello, más allá de la previsión genérica contenida en el artículo 6° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549. En cuanto al artículo 41, 1° párrafo, del Decreto 41/99, éste dispone: “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 resaltado lo incluyo en esta oportunidad).

Como se puede apreciar, ni del texto de la normativa vigente de la Ley N° 25.188 ni del Código de Ética de la Función Pública aprobado por Decreto N° 41/99, ni tampoco de las definiciones de la doctrina citada, surge que la nota característica de los conflictos de intereses sea el ánimo de lucro, como ligeramente concluye el dictamen del entonces Procurador del Tesoro (ver en especial, los artículos 13, inciso a) de la Ley N° 25.188 y 41, 1° párrafo del Decreto 41/99 en el que se enumeran varios tipos de intereses

que puede tener un funcionario, y que de ninguna manera se refieren al ánimo de lucro como único posible beneficio que pueda generar un conflicto de intereses).

3. Asimismo, a fs. 234vta., en el primer párrafo, el entonces Procurador va aun más allá, al señalar que para la configuración del conflicto de intereses es preciso “la insoslayable presencia de una intención de lucrar, que es precisamente, lo que la propia Oficina Anticorrupción declara inexistente en el accionar de las funcionarias investigadas, al expresar que **...no se advierte que las funcionarias intervinientes hayan obrado con la intención de beneficiarse**” (el resaltado es del original).

Lo recién transcrito se ha copiado casi textualmente en uno de los Considerandos del proyecto de Decreto que se pretende sancionar.

Al respecto, el entonces Procurador del Tesoro de la Nación ha quitado de contexto una frase del Considerando 13 de la Resolución OA/DPPT N° 103/03, pues lo que allí sostuve es que la conducta de las funcionarias no configuraba el delito de negociaciones incompatibles con la función pública previsto en el artículo 265 del Código Penal, que para su configuración requiere un contrato u operación de contenido patrimonial.

El entonces Procurador del Tesoro de la Nación confunde una falta de naturaleza administrativa como es el conflicto de intereses, con un delito penal, el cual, por el principio de legalidad, exige que las conductas de las personas se adecuen con precisión a las descriptas en el tipo penal. Fue por ese motivo que en el Considerando 13 consideré que la conducta de las funcionarias en cuestión, al no perseguir la finalidad del lucro, no constituían un delito penal, pues de haberlo sido, además de concluir que incurrieron en un conflictos de intereses, mi deber era presentar la denuncia correspondiente para que la justicia criminal les aplicara la sanción penal prevista para el delito de mención.

Esta confusión en que se incurre es particularmente grave cuando la intervención que se confirió a la Procuración del Tesoro de la Nación fue “a los fines de fijar un precedente de interés general para toda la Administración Pública, así como también, para lograr una correcta interpretación y aplicación de la normativa en cuestión (ver dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación –fs.226-).

Nada de eso se ha conseguido a través del erróneo, superficial y apurado pronunciamiento que motiva estas consideraciones.

4. En definitiva, si se dictara el Decreto en trámite receptando el ligero accionar del entonces Procurador del Tesoro -nótese que el expediente ingresó a dicho organismo **el día 20 de mayo de 2003 y el dictamen tiene fecha del jueves 22 de mayo de 2003**, un día hábil antes de que se produjera el cambio de gobierno y, por ende, de Procurador del Tesoro-, la tarea de prevención en materia de conflictos de intereses que la Oficina Anticorrupción viene realizando desde el año 2000 aplicando las normas de ética pública se vería seriamente debilitada, máxime teniendo en cuenta que las Direcciones Generales de Asuntos Jurídicos de los distintos organismos de la Administración deben aplicar obligatoriamente la doctrina que emana de los dictámenes de la Procuración.

5. Tal como señalamos, el pronunciamiento del entonces Procurador del Tesoro de la Nación es arbitrario a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que en la práctica vacía de contenido a la normativa nacional en materia de ética pública y conflicto de intereses, incurriendo en lo que la doctrina especializada ha catalogado como una interpretación prescindente y desnaturalizadora de la ley aplicable (conf. Néstor Pedro Sagües, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1992, Tomo 2, pág. 271 y 272)

A mi juicio, se ha tergiversado la opinión de esta Oficina y la conclusión a la que se arribó está desprovista de todo apoyo legal, fundada tan sólo en la voluntad de su emisor, se aparta de la solución normativa prevista para el caso e incurre en una manifiesta irrazonabilidad.

6. A su vez, la Procuración del Tesoro no ha tomado en cuenta las posibles derivaciones que tan imperfecta exégesis podría traer aparejada al Estado argentino en el plano internacional.

No debe olvidarse que el régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses establecido en la ley 25.188, no sólo fue dictado para cumplir con el imperativo constitucional establecido en el art. 36 de la Constitución Nacional, sino también para satisfacer compromisos internacionales, como el que surge del art. III de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (ley 24.759) que obliga a los Estados Partes a crear, mantener y fortalecer normas de conducta orientadas a prevenir conflictos de intereses.

En este sentido, el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la mencionada Convención, en su informe sobre la implementación de la

CICC en la Argentina, ha instado a nuestro país a mantener y ampliar la esfera de aplicación del régimen legal vigente en la materia, al señalar que se deberá: “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.” (el resaltado me pertenece, ver punto III Conclusiones y Recomendaciones, en el Informe del Comité de Expertos realizado en la reunión plenaria celebrada en la sede de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., Estados Unidos de América, el 13 de febrero de 2003).

Con ello quiero dejar sentado que, de seguirse el criterio expuesto por el máximo organismo asesor legal del Poder Ejecutivo, se estaría yendo en sentido opuesto a lo pretendido por los organismos especializados en la materia, comprometiéndose la responsabilidad del Estado argentino ante la comunidad internacional.

7. En consecuencia, elevo estas actuaciones para que disponga lo que considere pertinente a efectos de que, en caso de considerarlo prudente –ya que se halla pendiente el pronunciamiento del Sr. Presidente de la Nación que podría verse teñido por la arbitrariedad a la que se ha hecho referencia- se efectúe un nuevo análisis de la situación –detenido y cuidadoso- por parte de la actual conducción de la Procuración del Tesoro de la Nación, evitando que se avale la conducta de la ex Ministra de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Sra. Graciela Camaño, y la Secretaria de Trabajo, Dra. Noemí Rial, quienes incurrieron en conflictos de intereses, extremo que a criterio del suscripto debería conducir a la nulidad absoluta de la Resolución MTySS N° 708/02 y al rechazo del recurso jerárquico interpuesto, y previniendo las indeseables consecuencias a que conduciría la ratificación del criterio del entonces Procurador del Tesoro de la Nación que aquí se cuestiona.

Sin otro particular, saludo a Ud. muy atentamente.

Al señor Ministro de
Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación
Dr. Gustavo Béliz

S / D

