

ES COPIA

Resistencia, 3 de Septiembre del 2018.

VISTO:

Para dictaminar en Expte de Oficio N° 640/18 "CONTADURIA GENERAL DE LA PROVINCIA S/ SOLICITA INFORME REF. RESOL 2236/18 FIA", iniciado con la presentación efectuada por la Contaduría General de la Provincia, mediante la que solicita la exposición de aspectos aclaratorios respecto a la Resolución N° 2236/18, dictada en el Expediente N° 3465/18- caratulado: "CONTADURIA GENERAL DE LA PROVINCIA S/ CONSULTA INCOMPATIBILIDAD AGTE. GONZALEZ JOVANOVICH ROMINA (FIDUCIARIA DEL NORTE S.A. - INSSSEP)", a los fines de determinar los alcances de la misma y

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución N° 2236 del 10 de mayo de 2018 esta Fiscalía determinó que la agente Romina González Jovanovich se encontraba en incompatibilidad ante la prestación de servicios en el INSSSEP como Personal de Gabinete en la Gerencia de Seguros y simultáneamente como personal de la Fiduciaria del Norte S.A.

Que la Contaduría General señala que en esta instancia no fueron considerados datos que resultarían de trascendental importancia y que podrían producir efectos no conocidos que impactarían en la evaluación primaria efectuada en dicha Resolución. Entre los aspectos que deberían ser tenidos en cuenta indica: 1) la conformación del Estado Provincial partiendo de los artículos 54 y 56 de la Constitución Provincial; 2) la supuesta primacía de la Ley Nro. 1092-A (antes Ley 4787), "sobre aquellas que versan sobre temas de carácter particular ya que ella se extiende a la totalidad de los límites de dicho Estado abarcando la totalidad de las relaciones jurídicas que se producen en él", la que determinaría con claridad como se compone el Sector Público Provincial y la Administración Pública Provincial; 3) que la Fiduciaria del Norte S.A. no forma parte de la Administración Pública Provincial, conforme el art. 4° de la Ley Nro. 1092-A, y que sólo tiene vínculo con el Sector Público Provincial por el hecho de la composición de su capital, cuya norma de rito es la Ley N° 19550 "Ley General de Sociedades"; 4) que una persona física que presta servicios en la Fiduciaria del Norte S.A. y en el INSSSEP, lo hace en dos personas jurídicas totalmente distintas, con regímenes jurídicos distintos, por ser una de derecho privado y la otra de derecho público. Señalando que la persona de derecho privado, por no prestar servicios públicos, se encuentra

ES COPIA



excluida del ámbito de la hacienda pública provincial; 5) que se configurarían las siguientes cuestiones de hecho: a) no existe superposición horaria; b) la percepción de haberes en ambos entes procede conforme a derecho; c) no se evidencia conflicto de intereses, indicando que tales argumentos fueron sostenidos por esta Fiscalía en autos "Contaduría General de la Provincia s/ consulta incompatibilidad (Agente Jovanovich Christian INSSSEP - Fiduciaria del Norte S.A.).

Que previo a considerar los puntos enumerados por dicho organismo, es procedente advertir que en el marco de la Ley Nro. 1128-A (antes Ley 4865) le corresponde a esta Fiscalía determinar y expedirse respecto a si existe o no incompatibilidad en los casos puntuales detectados por el Registro de Empleos y Funciones a Sueldo del Estado Provincial y Municipal (art. 14). Constatada la incompatibilidad corresponde la derivación de las actuaciones a los organismos o reparticiones a que pertenezca el funcionario o agente, a los efectos de iniciar el sumario pertinente, comunicando tales derivaciones al Registro (art. 15).

Que por otra parte, el art. 16 de la Ley determina que el Registro funcionará en la Contaduría General de la Provincia, la que será autoridad de aplicación de la ley, y que deberá actuar en forma coordinada con la Dirección de Personal o área similar de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Tribunal de Cuentas, municipalidades que adhieran a la presente ley, organismos descentralizados, autárquicos, empresas o sociedades del Estado, o en las que este sea parte.

Que conforme la normativa expuesta, con el dictado de la Resolución N° 2236/18 determinando la incompatibilidad de la agente y el posterior diligenciamiento de los Oficios a INSSSEP, a Fiduciaria del Norte S.A. y al Registro de Empleos y Funciones a Sueldo del Estado Provincial y Municipal, se encuentra acabadamente cumplimentada la función asignada por ley a esta FIA; correspondiendo a los organismos a los que pertenece la agente actuar en consecuencia y a la Contaduría General, en su carácter de autoridad de aplicación, actuar en coordinación con los mismos.

Que sin perjuicio de ello, en virtud del pedido aclaraciones respecto a la Resolución dictada, corresponde emitir el presente dictamen a los fines de considerar los aspectos enumerados en la presentación.

1. Que si bien los artículos 54 y 56 de la Constitución Provincial refieren a los Servicios Públicos en el marco de la Economía y a la Ley de Presupuesto en el marco de la Hacienda Pública, la conformación del

ES COPIA

Estado Provincial no se encuentra circunscripta a los mismos.

A su vez la Constitución Provincial en el Capítulo VI sobre, **Acumulación de Empleos**, dice el **Artículo 71**: "No podrán acumularse en una misma persona dos o más empleos, así sean nacional, provincial o municipal con excepción de los del magisterio y los de carácter profesional-técnico en los casos y con las limitaciones que la ley establezca. El nuevo empleo producirá la caducidad del anterior. No podrá acordarse remuneración a ningún funcionario o empleado por comisiones especiales o extraordinarias".-

2. Que la Ley Nro. 1128-A, en el artículo 1º establece que no podrá desempeñarse simultáneamente más de un empleo o función a sueldo, ya sea nacional, provincial o municipal, y el artículo 3 que "son incompatibles el ejercicio de dos o más cargos de personal de gabinete y el cargo de personal de gabinete con el empleo de planta permanente de la Administración Pública Provincial y Municipal, salvo que por este se haya solicitado y obtenido licencia sin goce de haberes".

Asimismo el artículo 4º prescribe "a los efectos de esta ley, se considera empleo o función a sueldo provincial o municipal, aquellos establecidos por leyes de escalafón, estatutos o equivalentes como cargos aun temporarios- de la administración pública, ya sea de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Tribunal de Cuentas, municipalidades, organismos descentralizados, autárquicos, empresas o sociedades del Estado, o en las que este sea parte".

Que en virtud de este artículo se encuentran claramente establecidos aquellos empleos o funciones que se encuentran alcanzados por el régimen de incompatibilidades por lo que no resulta necesario ni procedente la remisión a la Ley N° 1092-A (antes Ley 4787) en la particularidad del caso.

Que la Ley de Administración Financiera puede ser norma jurídica aplicable para determinar la conformación de la Administración Pública Provincial o del Sector Público Provincial en lo referente a la Organización Financiera, y para el caso de otras normas que presenten lagunas jurídicas o insuficiencia normativa. Esta situación no se presenta en el caso del Régimen Provincial de Incompatibilidades, cuya ley no realiza ninguna remisión expresa de manera analógica y concreta.

Que incluso la Ley N° 1092-A (antes Ley 4787) en su art. 4, establece la **integración** de los subsectores "a los efectos de la aplicación de esta Ley", por lo que contrariamente a lo que se señala en la presentación de la Contaduría, la determinación del Sector Público efectuado por la Ley no se

ES COPIA



extiende a la totalidad de los límites del Estado, ni abarca la totalidad de las relaciones jurídicas que se producen en él.

Que, por ello entiendo que no se da una situación de primacía respecto de la Ley Nro. 1092-A sobre "aquellas que versan sobre temas de carácter particular ya que ella se extiende a la totalidad de los límites de dicho Estado abarcando la totalidad de las relaciones jurídicas que se producen en él", en tanto, sólo existe primacía de la norma constitucional sobre las leyes, encontrándose éstas entre sí en el mismo orden jerárquico.

Que para completar el principio de jerarquía normativa debe señalarse que, en sin perjuicio de lo observado por la Contaduría, conforme el principio de especialidad de las leyes, el carácter particular de la Ley Nro. 1128-A, por tratarse de un régimen especial, determina su prevalencia sobre cualquier otra norma de carácter general en la materia. A más de ello de que como surge de lo señalado precedentemente, en el caso particular, se trata de regulaciones diferentes e independientes entre sí.

3. Que tal como señala la Contaduría General, conforme las prescripciones del art. 4 de la Ley N° 1092-A, la Fiduciaria del Norte S.A. no conforma la Administración Pública Provincial en atención a las disposiciones expresas del artículo citado y sus inc. a), b), y c). Asimismo no cabe discusión respecto a que se trata de una persona jurídica que se rige por la Ley N° 19550. y que en en inc. d) se incluyen a las empresas y sociedades: empresas del estado provincial, las sociedades del estado provincial, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas entidades societarias o empresarias donde el estado provincial tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones".

Que, cabe destacar lo considerado por esta FIA en expte. N° 3313/17; resolución N° 2212/18, "La constitución de la Fiduciaria del Norte es establecida por medio de la Ley 1186-D (antes N° 5005) que dispone en su Artículo 1° que su capital social estará integrado por la Provincia del Chaco en un noventa y nueve por ciento (99%) y en un uno por ciento (1%) por el sector privado,... artículo 2°: ... tendrá por finalidad la administración y disposición en carácter de fiduciario el patrimonio que integren los fondos fiduciarios a crearse,... tendrá todos los derechos y obligaciones que en su carácter de fiduciario financiero o no financiero le correspondan, conforme con la Ley 24441, ...la sociedad estará facultada para actuar en carácter de mandataria o intermediaria en el mercado de capitales

Luego el artículo 3.- El régimen de compras y

ES COPIA

contrataciones de la sociedad será establecido por el Poder Ejecutivo; artículo 4.- las acciones representativas del capital social de "Fiduciaria del Norte S.A.", correspondientes a la Provincia del Chaco, estarán en poder del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, ; artículo 5.- El Poder Ejecutivo deberá, dentro de los treinta (30) días de publicada la presente, reglamentar la constitución de "Fiduciaria del Norte S.A.",

El artículo 6 establece que .- "Fiduciaria del Norte S.A." en su carácter de fiduciario deberá en cada uno de los fideicomisos en que intervenga: a) rendir cuentas a la autoridad de aplicación de la administración de los fondos y de la gestión de los bienes fideicomitidos. b) informar, al menos anualmente al poder legislativo, toda actividad que involucre la administración de los bienes fideicomitidos; c) llevar una contabilidad separada de cada fondo.; d) presentar una rendición definitiva de cuentas a la finalización de cada fideicomiso.

El artículo 12.- "...todos los organismos de la administración pública provincial, centralizada y descentralizada, tendrán la obligación de asesorar y prestar colaboración en la materia de su competencia a "Fiduciaria del Norte S.A." cuando esta lo requiera".

En tanto el art 15 de la ley 1186-D (antes N° 5005) establece que la sindicatura de "FIDUCIARIA DEL NORTE S A deberá presentar en forma semestral o anual con las características y evolución de cada fideicomiso, un informe a la Cámara de Diputados, sobre las actividades de la sociedad referidas a la gestión de cada fondo fiduciario.

Finalmente, por Ley 5688 modificatoria del art 17 de la ley 5005 quedó establecido que todas las contrataciones que con fondos del sector público efectuare la FIDUCIARIA DEL NORTE S A estarían sometidas al control del Tribunal de Cuentas, de la Contaduría General y de la Fiscalía de Estado en el marco de sus respectivas atribuciones.(" NIEVAS MARCELO EMANUEL -FIDUCIARIA DEL NORTE S.A. S/ LEY N° 7602", Expte. Nro. 3092/15).

Que, en su oportunidad también la Asesoría General de Gobierno mediante Dictámen N° 252 del año 2008 expresó su criterio que esta FIA comparte In Totum: "... resumidas las distintas opiniones vertidas en la causa, se impone destacar –en primer lugar- que Fiduciaria del Norte S.A. fue creada y constituida como una sociedad comercial con participación estatal mayoritaria (99% del capital social). Sobre tal base, en el marco de la Ley N° 4787 la normativa permite calificar a Fiduciaria del Norte S.A. como una "empresa o sociedad" integrante del "Sector Público Provincial", a tenor de lo dispuesto en el art. 4, inc.d) que define como "Subsector 4" al "constituido por las Empresas del Estado Provincial, las Sociedades del Estado Provincial, las

ES COPIA

Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas entidades societarias o empresarias donde el estado provincial tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones", amén de que -según el art. 6 de la misma ley- se entiende por "entidad" del Sector Público Provincial a "toda organización ... con personería jurídica y patrimonio propio... cabe recordar que los integrantes del Directorio y la Comisión Fiscalizadora de la Fiduciaria del Norte S.A se encuentran alcanzados por las disposiciones de la Ley de Ética y Transparencia en la Función Pública , que fue dictada de acuerdo a lo normado por el Art. 11 de la Constitución Provincial con el objetivo de establecer las normas y pautas que rijan su desempeño, en cumplimiento de los principios, deberes, prohibiciones e incompatibilidades que, simultáneamente y en detalle, son enunciados bajo expresa aclaración de que los mismos "no importan la negación o exclusión de otros que surgen del plexo de valores explícitos o implícitos de la Constitución Nacional , Provincial o de aquellos que resulten exigibles en virtud del carácter público de la función" (art.1°).

Por lo tanto, como se ha señalado antes, en relación a la supuesta situación de incompatibilidad resulta aplicable la Ley 1128-A.- La norma resulta clara respecto a lo considerado empleo o función a sueldo a los efectos de la ley, incluyendo a las sociedades en las que el Estado sea parte, prescindiendo para ello de la diferenciación que efectúa la Ley de Administración Financiera entre la Administración Pública y el Sector Público (Art. 4).

Y en lo que a la hermenéutica jurídica se refiere, *el texto sólo puede ser enteramente comprendido y aplicado teniendo en cuenta el contexto al que pertenece.*

La norma encuentra sus fundamentos en los especiales vínculos que la Fiduciaria del Norte tiene con el Estado Provincial, en su carácter de Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria conforme la Ley Nro. 1186-D (Antes Ley 5005), los que no se limitan a la composición del capital. Es "...que si fue el Estado mediante un acto de imperio el que decidió su creación, con fondos públicos para alcanzar finalidades también públicas, no pueden resultar sujetos privados, aun cuando su regulación esté prevista en la Ley de Sociedades Comerciales..."(conf. Barra, Linares y Bianchi citado por Fernando Romero).

Como señala Juan José Carbajales (2014), cuando el Estado Nacional decide asumir una participación directa en las actividades comerciales e industriales, una de las técnicas utilizadas es la creación de "Empresas

ES COPIA

Públicas", bajo la modalidad jurídica de ser Sociedades Comerciales regidas por la legislación común a todas las sociedades anónimas, pero que además de su forma privada, tienen de hecho atributos de carácter público sea en lo que se refiere a su creación o a la propiedad de su capital, como también a su finalidad o al control al que están sometidas.

La Procuración del Tesoro de la Nación sobre el tipo societario señaló que "deben considerarse de aplicación a su respecto ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación. Es que -aún con el más amplio grado de descentralización- en última instancia integran la organización administrativa del Estado; y 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 dirección de la entidad" (Dictámenes 171:60).

4. Que a mayor abundamiento, sobre la calidad de persona de derecho privado que la Contaduría General le asigna a la Fiduciaria del Norte, debe señalarse como lo hace Luis Eduardo Rey Vázquez (2012) que el uso de tipologías societarias por el Estado en modo alguno puede implicar que el ente quedará regido totalmente por el Derecho Privado, tampoco que será considerado una Persona jurídica enteramente privada, pues existen aspectos de la actividad que, sea por la presencia estatal, sea por su mayoría en la dirección y control o en su capital, sea por su creación estatal, por su fin público, por la existencia de prerrogativas públicas, por su pertenencia a la organización administrativa del Estado, determinan que el régimen jurídico aplicable será el Derecho Administrativo.

Es por ello que, de conformidad con las prescripciones de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley Nro. 1128-A, una persona que presta servicios como personal de la Fiduciaria del Norte S.A. desempeña empleo en una sociedad en la que el Estado es parte, y se encuentra por tanto alcanzada por el régimen establecido por ley, resultando incompatible su desempeño como personal de gabinete en el INSSSEP.

5. Que la situación de incompatibilidad en la que se encuentra la agente Romina González Jovanovich, fue determinada por esta Fiscalía por encuadrarse el caso en las prescripciones de la Ley Nro. 1128-A., y específicamente en su art. 4 ya citado, lo cual hace necesario expresarse al respecto por parte de esta FIA atento la competencia especial asignada, la cual resulta obligatoria e irrenunciable.

Que, por otra parte tratándose de un caso de *incompatibilidad*

ES COPIA



virtual, -las que pueden o no existir según la valoración que se haga de cada caso, en razón, v.gr., de la naturaleza de los servicios o del tiempo de prestación. Marienhoff también las denomina *implícitas*, son las que requieren de un examen de la situación en particular para determinar su existencia- en la que se involucran razones interés público, jurídico, económico y/o moral de la administración -como surge de las aclaraciones efectuadas en los puntos precedentes-, y que por ello amerita un análisis exhaustivo, concreto y sistemático, -en contraposición a aquellas incompatibilidad concretar, palmaria y manifiestas-, para expedirse en tal sentido fue necesario recurrir no sólo al texto de dicha norma, sino también considerar la norma de creación y doctrina especializada a los fines de determinar la calidad de los entes involucrados.

En ese marco, las situaciones de hecho señaladas por la Contaduría General no fueron consideradas para resolver la cuestión en tanto la norma no requiere que se dé superposición horaria, percepción irregular de haberes ni conflicto de intereses en la prestación de servicios para la configuración de la incompatibilidad.

La mención a la causa "Contaduría General de la Provincia s/ consulta incompatibilidad (Agente Jovanovich Christian INSSSEP - Fiduciaria del Norte S.A.)" como antecedente en la que se tuvieron en cuenta las situaciones de hecho señaladas en el párrafo precedente, ameritan algunas aclaraciones.

Debe señalarse que no se trata de circunstancias análogas de las que pudieran derivar soluciones idénticas, en tanto en el caso traído a consideración el agente en cuestión no se encontraba en incompatibilidad **al momento del dictado de la Resolución N° 1851/15** -firmada por el entonces Fiscal General Dr. Heitor Lago-, en virtud de la renuncia al empleo en la Fiduciaria del Norte S.A. Mientras que la situación de incompatibilidad de Dra. González Jovanovich se encontraba vigente al momento del dictado de la Resolución N° 2336/18.

Sin perjuicio de ello y sin ahondar en las diferencias dadas en las situaciones fácticas que concurrieron en el caso en análisis y en los autos invocados por la Contaduría, debe considerarse la facultad interpretativa que le corresponde a esta Fiscalía a los fines de establecer el verdadero sentido y alcance de las normas que le asignan competencia. Especialmente, y dada la complejidad de las situaciones particulares que configuran una situación de "incompatibilidad virtual", la interpretación se convierte en un elemento imprescindible para el ejercicio de la actividad administrativa.

En ejercicio de dicha facultad, es posible una visión distinta del

ES COPIA

alcance y sentido que se le da a la normativa administrativa vigente en virtud del cambio en la persona que interpreta, de lo que resulta un cambio de criterio que se considera más ajustado a derecho y más acorde al interés público protegido.

Por tal motivo es oportuno destacar aquí, que el acto emitido por la FIA determinando la situación incompatible (resol. 2236/18), será aplicado con efecto "ex nunc", es decir "desde ahora," hacia el futuro, desde el momento de la notificación, y no con efecto retroactivo, ya que habiéndose prestado el servicio por la agente involucrada, producir consecuencias patrimoniales o en detrimento de su salario, no avizorando mala fe, incumplimiento o indebido cumplimiento por la agente.

Como corolario de lo expuesto, resta señalar que, no obstante la determinación de la incompatibilidad efectuada por esta Fiscalía, en el caso concreto se consideró que no hubo superposición horaria y que la prestación de los servicios y percepción de haberes en ambos entes por parte de la agente se dio conforme a derecho. En virtud de ello no se realizaron observaciones respecto a posibles perjuicios patrimoniales al erario público, en lo que a la competencia de la FIA respecta, en tanto el Estado Provincial, aún en la mentada situación de incompatibilidad, se sirvió del desempeño de la agente, por lo que una solución diferente implicaría un enriquecimiento sin causa del propio Estado.

Así, es criterio de esta Fiscalía que, verificada la prestación de servicios de manera legal, eficaz y oportuna por parte del personal, no procedería en principio la devolución de los haberes percibidos por la agente, sin perjuicio de las facultades que le son propias a los organismos competentes o reparticiones a las que pertenece.

Que finalmente, efectuadas las aclaraciones requeridas por la Contaduría General de la Provincia en el marco de las facultades que le asigna la Ley Nro. 1128-A a esta Fiscalía, le corresponde a los entes en los que la agente se desempeña determinar el procedimiento pertinente a los fines de poner fin a la situación de incompatibilidad de la agente, y a la Contaduría General, en su carácter de autoridad de aplicación del Régimen de Incompatibilidades actuar en forma coordinada con los mismos a fin de establecer los alcances de la Resolución dictada en esta instancia y determinar en su caso el procedimiento que correspondería observar frente al caso particular.

A la espera de que la presente conste como instrumento aclaratorio, haciéndole saber de la predisposición de esta FIA hacia esa Contaduría General en su marco de competencia como autoridad de aplicación a

ES COPIA

los fines del art. 23 siguientes y concordantes de la Ley 1128 A.-

Por todo lo expuesto, facultades legales conferidas

DICTAMINO:

I.- HACER SABER a la Contaduría General de la Provincia como Autoridad de Aplicación, el presente Dictamen mediante el que se efectúan aclaraciones solicitadas respecto de la Resolución N° 2236/18, dictada en el Expediente N° 3465/18- caratulado: "CONTADURIA GENERAL DE LA PROVINCIA S/ CONSULTA INCOMPATIBILIDAD AGTE. GONZALEZ JOVANOVIH ROMINA (FIDUCIARIA DEL NORTE S.A. - INSSSEP)", poniendose a su disposición como órgano de interpretación, a los efectos que estime pertinente.-

II.- DAR por concluida la intervención de la FIA en el marco de competencia asignada por Ley Nro. 1128-A (Antes Ley 4865).-

III.- Librar los recaudos pertinentes. Tómese razón por mesa de Entradas y Salidas, oportunamente ARCHÍVESE.-

DICTAMEN N° - 0 2 3



Dr. GUSTAVO SANTIAGO REGUIZAMON
Fiscal General
Fiscalía de Investigaciones Administrativas