"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

Ushuaia, 11 ABR 2022

VISTO: el Expediente del registro del Tribunal de Cuentas Nº 76/2022 Letra: TCP-SC, caratulado: "*S/ DETECCIÓN DE CARGOS EN ESTRUCTURA POLÍTICA AD HONOREM, EN FORMA CONCURRENTE CON LA CONTINUIDAD DEL EFECTIVO DESEMPEÑO DE TAREAS COMO AGENTE DE PLANTA PERMANENTE*" y;

CONSIDERANDO:

Que el Expediente del Visto, se originó en virtud de la Providencia del 3 de marzo de 2022, suscripta por el Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable C.P. David R. BEHRENS, quien incorporó documentación pertinente, cuyos antecedentes más relevantes se detallan a continuación.

Que a fs. 5/9 obra Informe Contable Nº 376/2021 Letra: TCP-GEA Haberes del 13 de octubre de 2021 suscripto por los Auditores Fiscales del Grupo Especial de Auditoría de Haberes, C.P. Lisandro CAPANNA, C.P. María José FURTADO y C.P. Claudia M. CHAVEZ con el objeto de: "(…) *de elevar el presente informe contable, relacionado a las distintas designaciones del Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY, D.N.I. Nº 24.239.581, efectuadas como funcionario dentro de la estructura política del Ministerio de Salud en carácter de ad honorem, en forma concomitante con su continuidad en la prestación de servicios y percepción de haberes como agente del Escalafón Salud.*

I - ANTECEDENTES:

Los actos administrativos atinentes al Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY, que fueron relevados del boletín oficial, referidos a las designaciones como agente y funcionario, son las siguientes:

1. Agente de la planta permanente categoría 22 P.A.yT. del escalafón Salud, mediante Decreto provincial Nº 1984/2011 del 29/08/2011;

2. Subsecretario de Gestión Asistencial Zona Sur a partir del 13/10/2020 al 24/03/2021, mediante Decreto provincial Nº 1466/2020 del 15/10/2020 (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial Nº 1421/2020 del 13/10/2020);

3. Subsecretario de Redes Asistenciales a partir del 25/03/2021 al 19/07/2021, mediante Decreto provincial Nº 584/2021 de la misma fecha (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial Nº 583/2021 del 25/03/2021);

4. Subsecretario de Redes Asistenciales Zona Sur a partir del 19/07/2021, mediante Decreto provincial Nº 1390/2021 de la misma fecha, vigente en la actualidad (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial Nº 1358/2021 del 19/07/2021).

Las precitadas designaciones fueron realizadas en todos los casos aduciendo el carácter de `ad honorem´, ello por cuanto el profesional nunca dejó de prestar servicios en su calidad de médico traumatólogo, según información obtenida del Decreto provincial Nº 1466/2020 (primera designación efectuada como funcionario) y de las liquidaciones de haberes del escalafón Salud consultadas en el período 10/2020 a 08/2021.

Asimismo según se desprende de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto provincial Nº 1466/2020 antes citado, la designación como Subsecretario de Gestión Asistencial Zona Sur fue efectuada, bajo la siguiente condición: `Exceptuar de lo dispuesto en el Punto I del Anexo I del Decreto Provincial Nº 2366/14, al agente Eloy Guillermo FLAHERTY, Legajo Nº 24239581/00, categoría 22 P.A.yT., a fin de percibir el adicional `Dedicación Exclusiva Sanitaria´ mientras dure la designación que mediante el presente acto se materializa´. Vale advertir que la precitada excepción, no fue considerada en los subsiguientes decretos mediante los cuales fue designado el agente en los sucesivos cargos políticos, continuando vigente el último de ellos a la fecha.

Por otra parte, del relevamiento de las bases de datos de las liquidaciones de haberes, se desprende que el salario del agente FLAHERTY fue liquidado conforme al escalafón Salud (bajo la dependencia `089-M. de Salud-Hospital Regional Ush´) y no fue incluido dentro del escalafón Funcionario. Las liquidaciones en cuestión refieren a su categoría 22 más todos los adicionales particulares que les son propios, así como los específicos del escalafón Salud. Además le fueron liquidados los conceptos referidos a guardias activas y pasiva, así como módulos por guardias pasivas (siendo estos últimos activados o habilitados en oportunidad de efectuar intervenciones quirúrgicas en un día que desempeña una guardia pasiva).

II – ANÁLISIS:

En primer lugar resulta preciso señalar que, respecto del adicional `Dedicación Exclusiva Sanitaria´ mencionado en la primera designación como funcionario bajo el Decreto provincial Nº 1466/2020, en la actualidad se encuentra reglamentado dentro del Punto I del Anexo I del Decreto Provincial Nº 1038/2021 del 18/05/2021, el cual derogó su predecesor -ese es el Decreto Provincial Nº 2366/2014- citado en el artículo 2º del Decreto provincial Nº 1466/2020. Sobre este concepto específico allí se expresa lo siguiente: `Este adicional alcanzará a trabajadores cuya función o actividad específica requiera acreditar formación de grado o superior para el desempeño de su tarea, bajo alguna de las dos condiciones subsiguientes:

a) Médicos, odontólogos, bioquímicos, farmacéuticos, psicólogos, fonoaudiólogos, kinesiólogos, fisiatras, nutricionistas, obstetras, bioingenieros, ingenieros biomédicos, trabajadores sociales y terapistas ocupacionales. Estos profesionales se encuentran obligatoriamente comprendidos dentro del sistema Dedicación Exclusiva Sanitaria.

b) El resto de los profesionales que posean título universitario de carreras de grado reconocido oficialmente por el Ministerio de Educación de la Nación que desempeñen funciones propias de su profesión, cuando accedan a

este régimen siempre que las necesidades del servicio así lo requieran y durante el tiempo que las mismas persistan.

En este último caso es potestad exclusiva del Ministro de Salud determinar quiénes pueden ser incluidos o desafectados en este adicional, mediante acto administrativo, siempre que se hayan acreditado las condiciones detalladas ut-supra. Las necesidades del servicio mencionadas precedentemente serán determinadas y fundamentadas por el jefe de servicio donde se desempeñe el agente o el jefe inmediato superior, autorizadas por la Dirección General de su dependencia y apelables ante el Ministerio.

El trabajador percibirá un adicional que se denominará `DEDICACIÓN EXCLUSIVA SANITARIA´ que se bonificará con zona, y surgirá del siguiente cálculo (Básico + Suplemento Zona del Básico + Ordenador Salario Salud) de su categoría de revista x el 685%.

El régimen laboral exigible al agente ***será de cuarenta (40) horas semanales de labor****, distribuidas según las necesidades del servicio,* ***más la concurrencia fuera de ese horario*** *o cuantas veces resultare necesario por razones de servicio, sin perjuicio del franco semanal y licencias reglamentarias.*

La Dedicación Exclusiva Sanitaria implica la limitación del ejercicio profesional al ámbito propio del Ministerio de Salud, con excepción de la docencia, la investigación y la actividad pericial.

Quienes perciban este adicional tendrán prohibido realizar cualquier actividad comprendida en las incumbencias de su título profesional en cualquier otro ámbito o jurisdicción y bajo cualquier modalidad contractual, a título oneroso o a título gratuito. El incumplimiento de esta restricción es una falta grave causal de cesantía o exoneración.

Además de la exclusividad del ámbito laboral, este adicional implica la aceptación de las siguientes condiciones:

1. Disponibilidad institucional: todo cumplimiento de las actividades planificadas para el desarrollo de las tareas propias de su profesión que involucre directamente la prestación del servicio.

2. Disponibilidad para el Ministerio de Salud: respuesta a requerimientos excepcionales de orden público cuando exista una necesidad debidamente justificada.

3. Disponibilidad para actividades no asistenciales de importancia sanitaria: de planificación, capacitación o asesoría técnica vinculada a la calidad de atención en materia de salud pública.

4. Disponibilidad para cubrir actividades extraordinarias: respuesta dentro de límites exigibles, para garantizar la cobertura del sistema de acuerdo a las necesidades del servicio en el que reviste el agente o en casos excepcionales aquellos vinculados a su competencia. Serán relevados de esta obligación y podrán participar en forma optativa, quienes se encuentran en alguna de las siguientes situaciones, con expresa autorización del responsable de garantizar la prestación del servicio, fundada en la disponibilidad de recurso humano: agentes que hayan cumplido veinte (20) años bajo el sistema de `Dedicación Exclusiva Sanitaria´ en la provincia o, que cuenten con cincuenta (50) años de edad y quince (15) años de antigüedad de cumplimiento efectivo en la Planta Permanente del Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, excepto en situaciones de emergencia justificada.´ (lo resaltado nos pertenece).

Por lo mismo surge de lo expuesto en el séptimo considerando del Decreto provincial Nº 1466/2020, la primaria incompatibilidad prevista en el entonces Decreto provincial Nº 2366/2014, que luego por el artículo 2º del Decreto provincial Nº 1466/2020 resuelve exceptuar de manera particular, en el marco de la designación como Subsecretario de Gestión Asistencial. Se transcribe la parte pertinente del considerando: `(…) Que el nombrado, se encuentra comprendido obligatoriamente en el régimen de Dedicación Exclusiva Sanitaria regulado por el Decreto Provincial Nº 2366/14 y sus similares modificatorios, el cual establece en su Anexo I, Punto I, que la Dedicación Exclusiva Sanitaria es incompatible con toda otra tarea, rentada o no,

relacionada con su profesión, u otra que altere el normal desempeño de sus tareas, excepto la docencia, la investigación y la actividad pericia´ (sic).

En segundo lugar, teniendo en cuenta lo indicado en el apartado `DEL RÉGIMEN LABORAL´ del mismo Decreto Nº 1038/2021, el régimen de trabajo del escalafón húmedo para las categorías 20 a 24, es de cuarenta (40) horas semanales, distribuidas en jornadas de ocho (8) horas de lunes a viernes, pudiendo ser pasible de modificación por adicionales específicos. Es así que en virtud de la categoría que ostenta el profesional (22) le cabría la jornada aquí reseñada.

Al mismo efecto se recuerda lo normado por el artículo 9º de la Constitución Provincial, el cual establece: `Ninguna persona podrá acumular dos o más empleos públicos rentados, ya sea de planta permanente o por contrato, así sean nacionales, provinciales o municipales, con excepción del ejercicio de la docencia o la investigación científica.

En cuanto a los ad-honorem, la ley u ordenanza determinará los que sean incompatibles.´ (el resaltado no es del original).

Por último teniendo en cuenta la estructura política del Ministerio de Salud, aprobada mediante el Decreto provincial Nº 1358/2021 del 19/07/2021, la Subsecretaría de Redes Asistenciales Zona Sur es la dependencia política bajo la cual se encuentra el Departamento de Cirugía, así como el Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital Regional Ushuaia, correspondientes a la estructura orgánica. Ello también considerando la liquidaciones visualizadas de las cuales se alude en los párrafos precedentes, como lo expuesto en el sexto considerando del Decreto provincial Nº 1466/2020, el cual reza: `Que el señor Eloy Guilllermo FLAHERTY, D.N.I. Nº 24.239.581, revista presupuestariamente en el Hospital Regional Ushuaia, desempeñándose profesionalmente como médico especialista en traumatología y ortopedia con actividad quirúrgica, encontrándose a cargo del Departamento de Cirugía del citado nosocomio y como médico a cargo del seguimiento de pacientes afectados por COVID-19, considerando que, en razón de su especialidad dentro del Sistema Público de

Salud de la Ciudad de Ushuaia, resulta necesario la continuidad prestacional en lo asistencial´.

Cabe destacar que para el presente análisis, fueron considerados los siguientes antecedentes obrantes en este Tribunal de Cuentas, relacionados a un caso en que una misma persona fue designada como funcionario ad honorem, manteniendo simultáneamente su liquidación como agente de ese Organismo. Estos son:

- *Dictamen F.E. Nº 20/2015 y Resolución F.E. Nº 47/2015, ambos del 21/09/2015;*
- *Informe Contable Nº 230/2015 Letra: TCP-INVESTIG. ESPECIALES del 07/10/2015;*
- *Informe Legal Nº 207/2015 Letra: T.C.P.-C.A. del 08/10/2015;*
- *Informe Legal Nº 054/2016 Letra: T.C.P.-C.A. del 31/03/2016;*
- *Informe Legal Nº 138/2016 Letra: T.C.P.-C.A. del 07/07/2016;*
- *Resolución Tribunal de Cuentas Nº 12/2016-V.A. del 22/08/2016.*

También se contempló lo indicado por este Organismo de Control sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, analizado en el Acuerdo Plenario del Tribunal de Cuentas Nº 2247 del 22/12/2011.

III – CONCLUSIONES:

1*- Las designaciones efectuadas en los cargos de la Estructura Política del Ministerio de Salud del Dr. FLAHERTY, no se ajustaron a derecho toda vez que estas se efectuaron ad honorem, para que el agente continúe prestando servicios como médico y percibiendo sus haberes de acuerdo al escalafón Salud.*

Conforme los antecedentes reseñados en los dos últimos párrafos del apartado anterior, el profesional debió percibir las remuneraciones como Subsecretario establecidas en el Anexo XIII del Decreto provincial Nº 40/2020 del 08/01/2020 (63% de la remuneración del Sr. Gobernador de la provincia), y

usufructuar licencia sin goce de haberes en la planta permanente, con motivo del desempeño transitorio de otros cargos, prevista en el artículo 13 del Decreto nacional Nº 3413/1979.

***2**- Teniendo en cuenta las tareas inherentes a los cargos políticos ostentados por el Dr. FLAHERTY, de manera simultánea con su desempeño como agente del escalafón Salud entendemos que su ejercicio se torna impracticable, considerando la dedicación horaria necesaria para llevar adelante ambas funciones.*

Se resalta también la normativa atinente a la jornada laboral, teniendo en cuenta la carga horaria que debe cumplir como agente de la Estructura Orgánica, que de acuerdo a su categoría es de cuarenta (40) horas semanales, máxime considerando que percibe el adicional Dedicación Exclusiva Sanitaria. En consecuencia, ello no permitiría disponer de margen horario alguno para el desempeño de sus tareas como funcionario de la planta política, aún cuando por la misma no se abone suma alguna.

***3**- Asimismo se entiende que existe incompatibilidad funcional por ser al mismo tiempo administrador y administrado, por cuanto el nombrado en calidad de Subsecretario del Ministerio de Salud debe dirigir y administrar las Redes Asistenciales de la Zona Sur, y en calidad de agente de planta permanente del citado ministerio, **depende jerárquicamente de quien reviste el cargo** de Subsecretario. Sobre el particular, viene a colación como marco referencial, lo establecido en el Decreto nacional Nº 8566/1961 – Régimen de Acumulación de cargos, funciones y pasividades para la Administración Pública Nacional-, Capítulo II – Compatibilidades-, artículo 9º, inciso e), el cual se transcribe a continuación para un mayor entendimiento del tema que nos ocupa: `**Art. 9.-** Como excepción a lo dispuesto en el **art. 1**, autorízanse únicamente las acumulaciones expresamente citadas en este capítulo, las que estarán condicionadas en todos los casos a que se cumplan los siguientes extremos, sin perjuicio de las exigencias propias de cada servicio en particular: (…) e) que no se contraríe ninguna norma de ética, eficiencia o disciplina administrativa*

inherente a la función pública tales como: parentesco, subordinación en la misma jurisdicción a un inferior jerárquico, relación de dependencia entre los dos empleos y otros aspectos o supuestos que afecten la independencia funcional de los servicios´.

IV – ACCIONES SUGERIDAS:

1- *Efectuar consulta a la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas, con el fin de analizar la excepción de carácter singular efectuada por el Decreto provincial Nº 1466/2020 para la percepción del adicional Dedicación Exclusiva Sanitaria, la cual a criterio de los suscriptos incumpliría el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Cabe destacar que si bien dicha excepción no fue replicada en los Decretos provinciales Nº 584/2021 y Nº 1390/2021, hasta el mes de agosto/2021 (último mes disponible para esta unidad de auditoría por la Dirección General de Haberes), el agente continuó percibiendo el precitado adicional, en forma conjunta con los restantes adicionales del escalafón Salud.*

2- *Poner en consideración del Plenario de Miembros del presente Informe Contable, con el fin de:*

a) *Instar a la Ministro de Salud, Dra. Judit J.R.DI GIGLIO, a que arbitre las acciones necesarias para regularizar la situación detectada respecto del Dr. Eloy G. FLAHERTY.*

b) *Recomendar al Secretario de Coordinación Legal, Sr. Milton FELLAY, a que en materia de designaciones en los cargos de las Estructuras Políticas de los distintos Ministerios, con motivo de su intervención en forma previa a la suscripción de los decretos, de estricto cumplimiento a la normativa vigente señalada en el presente informe.*

c) *Requerir al Subsecretario de Empleo Público, Sr. Rubén H. BORLA y a la Subsecretaria de Haberes y Estructura Salarial, C.P. Olga C. ROJO, a que arbitren las acciones tendientes a informar a este Tribunal de Cuentas sobre la*

existencia de otros casos similares al aquí analizado, en el ámbito de los Ministerios y/o Secretarías de Estado.

d) *Recomendar a los Subsecretarios nombrados en el punto anterior, el apego a la correcta normativa que debe aplicarse en materia laboral y salarial respecto a quienes siendo agentes, desempeñen transitoriamente cargos políticos.*

e) *Poner en conocimiento del Auditor Contable Adjunto del Ministerio de Finanzas Públicas, C.P. Hugo O. BARRÍA MIRANDA y del Director General de Auditoría Interna del Ministerio de Salud, C.P. Luis G. PEÑALOZA de la situación observada respecto del Dr. FLAHERTY, a fin de que los mismos implementen procedimientos de control efectivos que eviten la recurrencia de casos como el aquí detectado".*

Que a fs. 10/26 obra Informe Legal Nº 378/2021 Letra: TCP-CA suscripto por la letrada María Laura RIVERO quien luego de un un *racconto* de antecedentes y un pormenorizado análisis concluye lo siguiente: "(…) *Por todo lo expuesto, y con los alcances indicados en el análisis, en mi opinión, conforme doctrina y jurisprudencia citada, el titular del Poder Ejecutivo, quien emitió el Decreto provincial Nº 2366/14, -norma que como reglamento autónomo, determinó los Adicionales Específicos del Área de Salud, entre los que se encuentra el de 'Dedicación exclusiva sanitaria' y las incompatibilidades que genera su percepción-, puede legítimamente exceptuar de su aplicación en un caso concreto, tal como lo dispuso en el artículo 2° del Decreto provincial Nº 1466/20, sin que ello se oponga o implique violación del principio de inderogabilidad singular del reglamento, siempre que la dispensa para su inaplicabilidad al caso sea razonable y debidamente motivada.*

Por lo anterior, y si bien el Poder Ejecutivo, con deficiente motivación y en el marco de facultades que razonablemente puede ejercer, lo excluyó al profesional ya nombrado del régimen de disponibilidad institucional y horaria, -no de su jornada básica ni del régimen general de incompatibilidades, ya que esta excepción no lo habilita a ejercer su actividad profesional fuera del

Ministerio de Salud, sino por el contrario, le asignó mayores responsabilidades en ese ámbito, a través de su designación como subsecretario ad honorem prevista en el artículo 1° del Decreto provincial Nº 1466/20-, es ésta última designación, la que en mi opinión, y compartiendo lo indicado por los auditores intervinientes, la que resulta incompatible desde el punto de vista legal y funcional, conforme a la normativa y análisis realizado.

Por ello, la ilegitimidad del Decreto provincial Nº 1466/2020 en análisis -hoy derogado-, deviene, no de la excepción acordada en el artículo 2º, sino de la función política de subsecretario que le asigna en el artículo 1º, independientemente que sea ad honorem o no.

Atento lo indicado, y de subsistir la designación en ese carácter, corresponde instar a las autoridades competentes a que se ejerza la opción por uno de los cargos, y en caso que continúe cumpliendo funciones como subsecretario, procede acordar la correspondiente licencia por cargo de mayor jerarquía, habida cuenta que se trata de funciones políticas superiores de gobierno, y no de simple asignación transitoria de funciones de mayor responsabilidad.

Sin más, y compartiendo las acciones sugeridas en el Punto IV del Informe Contable Nº 376/2021 – Letra T.C.P. - G.E.A. Haberes, elevo para su comunicación a Secretaría Contable y por su intermedio a los integrantes del Grupo de Auditoría de Haberes, ello de compartir sus términos".

Que el Informe Legal precedentemente mencionado, fue compartido por la Coordinadora Secretaría Legal Dra. María Julia DE LA FUENTE, mediante Nota Interna Nº 3277/2021.

Que a fs. 28/33 obra el Informe Contable Nº 35/2022 Letra: TCP-GEA Haberes suscripto por las Auditoras Fiscales C.P. Claudia M. CHAVEZ y C.P. María José FURTADO, el 24 de febrero de 2022, teniendo por objeto: "(…) *comunicar a esa Secretaría Contable y por su intermedio al Plenario de Miembros, la reiteración de las Conclusiones y Acciones Sugeridas plasmadas*

en los apartados III y IV.2 del Informe Contable Nº 376/2021 Letra: T.C.P.-G.E.A. Haberes del 13/10/2021. Estas guardan relación con la incompatibilidad legal y funcional detectada por esta área de control, derivada del desempeño del Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY como funcionario del Ministerio de Salud en carácter de ad honorem, en forma concurrente con la continuidad de prestación de servicios como agente de la planta permanente del Escalafón Salud (…)".

Que luego de citar el marco normativo y en virtud de los antecedentes obrantes efectúan un nuevo análisis expresando que: "(…) *En esta nueva oportunidad, se consultó la información disponible en el sistema Tercera Copia respecto del Sr. FLAHERTY. Así, en relación a su condición de agente de la planta permanente, se tomó conocimiento de la promoción a la categoría 23 P.A.y.T a partir del 08/11/2021, conforme lo dispuesto en el Decreto provincial Nº 192/2022, el cual también fue consultado en el ejemplar nº 5055 del Boletín Oficial de la Provincia. Asimismo se verificó la continuidad de aplicación del régimen del escalafón Salud, en la liquidación de sus haberes (último período consultado 01/2022).*

Finalmente, mediante el mismo sistema, no se observaron modificaciones en cuanto a la designación del Sr. FLAHERTY como Subsecretario de Redes Asistenciales Zona Sur dentro (Decreto provincial Nº 1390/2021). Al respecto corresponde mencionar que, si bien esta área de control tomó conocimiento del dictado del Decreto provincial Nº 2597/2021 del 07/12/2021, por el cual se efectuó una nueva modificación a la Estructura Política de la cartera sanitaria, esta únicamente tuvo por propósito la incorporación de tres coordinaciones, no afectando la situación del cargo analizado (…)".

Que así las cosas, concluyen que: "(…) *En forma coincidente con lo expresado por la abogada dictaminante, en la respuesta efectuada a nuestra consulta legal y conforme se expuso en el apartado 5. Aclaraciones Previas precedente, se concluye que la designación del Dr. FLAHERTY como*

funcionario, percibiendo sus haberes como personal de planta permanente del escalafón SALUD no se ajusta a la normativa que versa al respecto. Ante ello corresponde instar al cese inmediato de la situación irregular detectada por esta área de control.

Por último entendemos necesario poner en conocimiento de las autoridades competentes las ACCIONES SUGERIDAS detalladas en el punto 2 del apartado IV del Informe Contable Nº 376/2021 Letra: T.C.P.-G.E.A. Haberes, las cuales se reproducen a continuación:

`Poner en consideración del Plenario de Miembros del presente Informe Contable, con el fin de:

***a)** Instar a la Ministro de Salud, Dra. Judit J.R. DI GIGLIO, a que arbitre las acciones necesarias para regularizar la situación detectada respecto del Dr. Eloy G. FLAHERTY.*

***b)** Recomendar al Secretario de Coordinación Legal, Sr. Milton FELLAY, a que en materia de designaciones en los cargos de las Estructuras Políticas de los distintos Ministerios, con motivo de su intervención en forma previa a la suscripción de los decretos, de estricto cumplimiento a la normativa vigente señalada en el presente informe.*

***c)** Requerir al Subsecretario de Empleo Público, Sr. Rubén H. BORLA y a la Secretaria de Haberes, C.P. Olga C. ROJO, a que arbitren las acciones tendientes a informar a este Tribunal de Cuentas sobre la existencia de otros casos similares al aquí analizado, en el ámbito de los Ministerios y/o Secretarías de Estado.*

***d)** Recomendar a las autoridades nombradas en el punto anterior, el apego a la correcta normativa que debe aplicarse en materia laboral y salarial respecto a quienes siendo agentes, desempeñen transitoriamente cargos políticos.*

e) *Poner en conocimiento del Auditor General Adjunto dependiente de la Contaduría General de la Provincia, C.P. Hugo O. BARRÍA MIRANDA y del Director General de Auditoría Interna del Ministerio de Salud, C.P. Luis G. PEÑALOZA de la situación observada respecto del Dr. FLAHERTY, a fin de que los mismos implementen procedimientos de control efectivos que eviten la recurrencia de casos como el aquí detectado".*

Que mediante Nota Interna Nº 451/2022 Letra: TCP-SC del 3 de marzo de 2022, el Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable C.P. David R. BEHRENS elevó las actuaciones al Sr. Vocal de Auditoría C.P.N. Hugo S. PANI, compartiendo el Informe Contable Nº 35/2022 Letra: TCP-GEA Haberes y sugiriendo que: "(…) *salvo mejor y elevado criterio, poner conocimiento de las autoridades, las acciones sugeridas previamente".*

Que los suscriptos comparten y hacen propios los términos del Informe Legal Nº 378/2021 Letra: TCP-CA y del Informe Contable Nº 35/2022 Letra: TCP-GEA Haberes.

Que la presente se emite con el *quorum* previsto en el artículo 27 de la Ley provincial N° 50, en virtud de lo establecido en la Resolución Plenaria Nº 46/2022.

Que los suscriptos, se encuentran facultados para el dictado de la presente, en virtud de las atribuciones conferidas en el artículo 4° inciso g), 26, 27 y concordantes de la Ley provincial N° 50.

Por ello:

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal Nº 378/2021 Letra: TCP-CA y del Informe Contable Nº 35/2022 Letra: TCP-GEA Haberes. Ello en virtud de lo expuesto en los Considerandos.

ARTÍCULO 2º.- Instar a la Ministra de Salud, Dra. Judit J.R. DI GIGLIO, para que en el plazo de treinta (30) días, arbitre las acciones necesarias para regularizar la situación detectada respecto del Dr. Eloy Guillermo FLAHERTY. Ello, en virtud de lo expuesto en los Considerandos.

ARTÍCULO 3º.- Recomendar al Secretario de Coordinación Legal, Sr. Milton FELLAY, que en materia de designaciones en los cargos de las Estructuras Políticas de los distintos Ministerios, con motivo de su intervención en forma previa a la suscripción de los Decretos, dé estricto cumplimiento a la normativa vigente. Ello, en virtud de lo expuesto en los Considerandos.

ARTÍCULO 4º.- Requerir al Subsecretario de Empleo Público, Sr. Rubén H. BORLA y a la Secretaria de Haberes, C.P. Olga C. ROJO, que arbitren las acciones tendientes a informar a este Tribunal de Cuentas la existencia de otros casos similares al aquí analizado, en el ámbito de los Ministerios y/o Secretarías de Estado en el plazo de treinta (30) días.

ARTÍCULO 5º.- Recomendar a las autoridades nombradas en el artículo anterior, el apego a la correcta normativa que debe aplicarse en materia laboral y salarial respecto a quienes siendo agentes, desempeñen transitoriamente cargos políticos.

ARTÍCULO 6º.- Poner en conocimiento del Auditor General Adjunto dependiente de la Contaduría General de la Provincia, C.P. Hugo O. BARRÍA MIRANDA y del Director General de Auditoría Interna del Ministerio de Salud, C.P. Luis G. PEÑALOZA, la situación observada respecto del agente del Ministerio de Salud Dr. Eloy Guillermo FLAHERTY, a fin de que implementen procedimientos de control efectivos que eviten la recurrencia de casos como el aquí detectado.

ARTÍCULO 7º.- Notificar a la Ministra de Salud, Dra. Judit J.R. DI GIGLIO, al Secretario de Coordinación Legal, Sr. Milton FELLAY, al Subsecretario de Empleo Público, Sr. Rubén H. BORLA, a la Secretaria de Haberes, C.P. Olga C. ROJO,

al Auditor General Adjunto dependiente de la Contaduría General de la Provincia, C.P. Hugo O. BARRÍA MIRANDA, al Director General de Auditoría Interna del Ministerio de Salud, C.P. Luis G. PEÑALOZA y al agente del Ministerio de Salud Dr. Eloy Guillermo FLAHERTY.

ARTÍCULO 8º.- Notificar en sede del Organismo, a la Coordinadora de la Secretaría Legal Dra. María Julia DE LA FUENTE y por su intermedio a la letrada dictaminante; y al Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David R. BEHRENS y por su intermedio a los Auditores de la delegación del Grupo Especial de Auditoría de Haberes, con remisión del Expediente del Visto para el seguimiento de los artículos 2º y 4º.

ARTÍCULO 9°.- Registrar. Comunicar. Publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA Nº 096 **/2022.-**

C.P.N. Hugo Sebastián PANI
VOCAL DE AUDITORÍA
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Informe Legal Nº 378 /2021
Letra: T.C.P. - C.A.
Cde.: Nota Interna N.º 2471/2021 -
Letra TCP SC

Ushuaia, 26 NOV. 2021

SECRETARIO LEGAL A/C

Viene al Cuerpo de Abogados la Nota Interna Nº 2471/2021 – Letra TCP – SC, mediante la cual el Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable C.P. David Ricardo BEHRENS remite a la Secretaría Legal el Informe Contable Nº 376/2021 – Letra TCP – GEA Haberes, suscripto por los Auditores Fiscales C.P. Lisandro CAPANNA, C.P. María José FURTADO y C.P. Claudia CHAVEZ, ello a efectos de requerir la intervención de la Secretaría Legal respecto de la cuestión allí planteada, relativa la designación de un funcionario del Ministerio de Salud *ad honorem* y su permanencia como agente en el Escalafón Salud.

Particularmente respecto de este servicio jurídico, conforme las acciones sugeridas en el Punto **IV. 1.** del Informe Contable, solicitan efectuar consulta "(...) *con el fin de analizar la excepción de carácter singular efectuada por el Decreto provincial Nº 1466/2020 para la percepción del adicional Dedicación Exclusiva Sanitaria, la cual a criterio de los suscriptos incumpliría el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Cabe destacar que si bien dicha excepción no fue replicada en los Decretos provinciales Nº*

584/2021 y Nº 1390/2021, hasta el mes de agosto/2021 (último mes disponible para esta unidad de auditoría por la Dirección General de Haberes), el agente continuó percibiendo el precitado adicional, en forma conjunta con los restantes adicionales del escalafón Salud".

A los fines de analizar la cuestión en consulta, me referiré en primer término al Informe remitido Nº 376/2021 – Letra TCP – GEA Haberes, atento que del mismo resultan citados los antecedentes relevantes y las conclusiones de los auditores intervinientes.

I.- DEL INFORME CONTABLE Nº 376/2021 – Letra TCP – GEA - HABERES.

Por el citado Informe, emitido el 13 de octubre de 2021, se analizan las distintas designaciones del Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY, D.N.I. Nº 24.239.581, efectuadas como funcionario dentro de la estructura política del Ministerio de Salud en carácter de Subsecretario *"ad honorem"*, en forma concomitante con su continuidad en la prestación de servicios y percepción de haberes como agente del Escalafón Salud.

En orden a los antecedentes del caso, el Informe indica los siguientes:

"(…) I - ANTECEDENTES:

Los actos administrativos atinentes al Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY, que fueron relevados del boletín oficial, referidos a las designaciones como agente y funcionario, son las siguientes:

1. *Agente de la planta permanente categoría 22 P.A.yT. del escalafón Salud, mediante Decreto provincial Nº 1984/2011 del 29/08/2011;*
2. *Subsecretario de Gestión Asistencial Zona Sur a partir del 13/10/2020 al 24/03/2021, mediante Decreto provincial Nº 1466/2020 del 15/10/2020 (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial Nº 1421/2020 del 13/10/2020);*
3. *Subsecretario de Redes Asistenciales a partir del 25/03/2021 al 19/07/2021, mediante Decreto provincial Nº 584/2021 de la misma fecha (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial Nº 583/2021 del 25/03/2021);*
4. *Subsecretario de Redes Asistenciales Zona Sur a partir del 19/07/2021, mediante Decreto provincial Nº 1390/2021 de la misma fecha, vigente en la actualidad (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial Nº 1358/2021 del 19/07/2021).*

Las precitadas designaciones fueron realizadas en todos los casos aduciendo el carácter de "ad honorem", ello por cuanto el profesional nunca dejó de prestar servicios en su calidad de médico traumatólogo, según información obtenida del Decreto provincial Nº 1466/2020 (primera designación efectuada como funcionario) y de las liquidaciones de haberes del escalafón Salud consultadas en el período 10/2020 a 08/2021.

Asimismo según se desprende de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto provincial Nº 1466/2020 antes citado, la designación como Subsecretario de Gestión Asistencial Zona Sur fue efectuada, bajo la siguiente condición: "Exceptuar de lo dispuesto en el Punto I del Anexo I del Decreto

Provincial Nº 2366/14, al agente Eloy Guillermo FLAHERTY, Legajo Nº 24239581/00, categoría 22 P.A.yT., a fin de percibir el adicional "Dedicación Exclusiva Sanitaria" mientras dure la designación que mediante el presente acto se materializa". Vale advertir que la precitada excepción, no fue considerada en los subsiguientes decretos mediante los cuales fue designado el agente en los sucesivos cargos políticos, continuando vigente el último de ellos a la fecha.

Por otra parte, del relevamiento de las bases de datos de las liquidaciones de haberes, se desprende que el salario del agente FLAHERTY fue liquidado conforme al escalafón Salud (bajo la dependencia "089-M. de Salud-Hospital Regional Ush") y no fue incluido dentro del escalafón Funcionario. Las liquidaciones en cuestión refieren a su categoría 22 más todos los adicionales particulares que les son propios, así como los específicos del escalafón Salud. Además le fueron liquidados los conceptos referidos a guardias activas y pasiva, así como módulos por guardias pasivas (siendo estos últimos activados o habilitados en oportunidad de efectuar intervenciones quirúrgicas en un día que desempeña una guardia pasiva).

Luego de citar los antecedentes referidos a la designación del nombrado como agente y como funcionario, y la forma en que se remuneró su actividad sólo como agente, en apartado especial denominado "II.- ANÁLISIS", refieren al régimen que rige el adicional *"Dedicación Exclusiva Sanitaria"* mencionado en la primera designación como funcionario bajo el Decreto provincial Nº 1466/2020, dejando constancia que en la actualidad el mismo se encuentra reglamentado dentro del Punto I del Anexo I del Decreto Provincial Nº 1038/2021, ello a partir del 18/05/2021.

También recuerdan lo normado por el artículo 9º de la Constitución Provincial, norma que impide acumular dos o mas empleos públicos rentados.

Y por último citan que, conforme la estructura política del Ministerio de Salud aprobada mediante el Decreto provincial Nº 1358/2021 del 19/07/2021, la Subsecretaría de Redes Asistenciales Zona Sur, en la cual ha sido designado el agente, es la dependencia política bajo la cual se encuentra el Departamento de Cirugía, así como el Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital Regional Ushuaia, correspondientes a la estructura orgánica, dejando constancia que, conforme las liquidaciones visualizadas y la situación de revista indicada en el sexto considerando del Decreto provincial Nº 1466/2020, resultan ser las áreas en que éste revista presupuestariamente como médico especialista en traumatología y ortopedia con actividad quirúrgica, encontrándose a cargo del Departamento de Cirugía del Hospital Regional de Ushuaia y como médico a cargo del seguimiento de pacientes afectados por COVID-19.

Destacan que para arribar a las conclusiones del presente informe fueron considerados antecedentes obrantes en este Tribunal de Cuentas, relacionados a un caso en que una misma persona fue designada como funcionario *ad honorem*, manteniendo simultáneamente su liquidación como agente de ese Organismo, refiriéndose a la designación ad honoren del entonces Presidente del Puerto (Lagraña) y su continuidad en su situación de revista como agente de la D.P.P.. Estos son:

- Dictamen F.E. Nº 20/2015 y Resolución F.E. Nº 47/2015, ambos del 21/09/2015;

- Informe Contable Nº 230/2015 Letra: TCP-INVESTIG. ESPECIALES del 07/10/2015;
- Informe Legal Nº 207/2015 Letra: T.C.P.-C.A. del 08/10/2015;
- Informe Legal Nº 054/2016 Letra: T.C.P.-C.A. del 31/03/2016;
- Informe Legal Nº 138/2016 Letra: T.C.P.-C.A. del 07/07/2016;
- Resolución Tribunal de Cuentas Nº 12/2016-V.A. del 22/08/2016.

También contemplaron lo indicado por este Organismo de Control sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, analizado en el Acuerdo Plenario del Tribunal de Cuentas Nº 2247 del 22/12/2011.

Con esos antecedentes, y analizados los mismos, los auditores intervinientes concluyeron su Informe señalando:

"(…) ***III – CONCLUSIONES:***

1- *Las designaciones efectuadas en los cargos de la Estructura Política del Ministerio de Salud del Dr. FLAHERTY, no se ajustaron a derecho toda vez que estas se efectuaron ad honorem, para que el agente continúe prestando servicios como médico y percibiendo sus haberes de acuerdo al escalafón Salud.*

Conforme los antecedentes reseñados en los dos últimos párrafos del apartado anterior, el profesional debió percibir las remuneraciones como Subsecretario establecidas en el Anexo XIII del Decreto provincial Nº 40/2020 del 08/01/2020 (63% de la remuneración del Sr. Gobernador de la provincia), y usufructuar licencia sin goce de haberes en la planta permanente, con motivo del desempeño transitorio de otros cargos, prevista en el artículo 13 del Decreto nacional Nº 3413/1979.

2- Teniendo en cuenta las tareas inherentes a los cargos políticos ostentados por el Dr. FLAHERTY, de manera simultánea con su desempeño como agente del escalafón Salud entendemos que su ejercicio se torna impracticable, considerando la dedicación horaria necesaria para llevar adelante ambas funciones.

Se resalta también la normativa atinente a la jornada laboral, teniendo en cuenta la carga horaria que debe cumplir como agente de la Estructura Orgánica, que de acuerdo a su categoría es de cuarenta (40) horas semanales, máxime considerando que percibe el adicional Dedicación Exclusiva Sanitaria. En consecuencia, ello no permitiría disponer de margen horario alguno para el desempeño de sus tareas como funcionario de la planta política, aún cuando por la misma no se abone suma alguna.

3- Asimismo se entiende que existe incompatibilidad funcional por ser al mismo tiempo administrador y administrado, por cuanto el nombrado en calidad de Subsecretario del Ministerio de Salud debe dirigir y administrar las Redes Asistenciales de la Zona Sur, y en calidad de agente de planta permanente del citado ministerio, ***depende jerárquicamente de quien reviste el cargo*** *de Subsecretario. Sobre el particular, viene a colación como marco referencial, lo establecido en el Decreto nacional Nº 8566/1961 – Régimen de Acumulación de cargos, funciones y pasividades para la Administración Pública Nacional-, Capítulo II – Compatibilidades-, artículo 9º, inciso e), el cual se transcribe a continuación para un mayor entendimiento del tema que nos ocupa: "**Art. 9.-** Como excepción a lo dispuesto en el **art. 1**, autorízanse únicamente las acumulaciones expresamente citadas en este capítulo, las que estarán condicionadas en todos los casos a que se cumplan los siguientes extremos, sin*

perjuicio de las exigencias propias de cada servicio en particular: (…) e) que no se contraríe ninguna norma de ética, eficiencia o disciplina administrativa inherente a la función pública tales como: parentesco, subordinación en la misma jurisdicción a un inferior jerárquico, relación de dependencia entre los dos empleos y otros aspectos o supuestos que afecten la independencia funcional de los servicios".

Por todo ello, en el Punto **IV** del Informe, proponen en su punto **1.-** efectuar consulta a la Secretaría Legal sobre la excepción de carácter singular efectuada por el Decreto provincial Nº 1466/2020 para la percepción del adicional Dedicación Exclusiva Sanitaria, además de las siguientes **ACCIONES SUGERIDAS:**

2- Poner en consideración del Plenario de Miembros del presente Informe Contable, con el fin de:

***a)** Instar a la Ministro de Salud, Dra. Judit J.R.DI GIGLIO, a que arbitre las acciones necesarias para regularizar la situación detectada respecto del Dr. Eloy G. FLAHERTY.*

***b)** Recomendar al Secretario de Coordinación Legal, Sr. Milton FELLAY, a que en materia de designaciones en los cargos de las Estructuras Políticas de los distintos Ministerios, con motivo de su intervención en forma previa a la suscripción de los decretos, de estricto cumplimiento a la normativa vigente señalada en el presente informe.*

***c)** Requerir al Subsecretario de Empleo Público, Sr. Rubén H. BORLA y a la Subsecretaria de Haberes y Estructura Salarial, C.P. Olga C. ROJO, a que arbitren las acciones tendientes a informar a este Tribunal de*

Cuentas sobre la existencia de otros casos similares al aquí analizado, en el ámbito de los Ministerios y/o Secretarías de Estado.

d) *Recomendar a los Subsecretarios nombrados en el punto anterior, el apego a la correcta normativa que debe aplicarse en materia laboral y salarial respecto a quienes siendo agentes, desempeñen transitoriamente cargos políticos.*

e) *Poner en conocimiento del Auditor Contable Adjunto del Ministerio de Finanzas Públicas, C.P. Hugo O. BARRÍA MIRANDA y del Director General de Auditoría Interna del Ministerio de Salud, C.P. Luis G. PEÑALOZA de la situación observada respecto del Dr. FLAHERTY, a fin de que los mismos implementen procedimientos de control efectivos que eviten la recurrencia de casos como el aquí detectado".*

II.- MI ANÁLISIS.

I.- Reseñados los antecedentes con que llega la consulta, y a efectos de circunscribir la cuestión planteada, cabe reiterar que se requiere opinión de la Secretaría Legal, conforme lo indicado en el punto **IV. 1.-**, a los fines de "(…) *analizar la excepción de carácter singular efectuada por el Decreto provincial Nº 1466/2020 para la percepción del adicional Dedicación Exclusiva Sanitaria (...)*", entendiéndose a criterio de los auditores que suscriben el Informe Contable Nº 376/2021 – Letra TCP – GEA – Haberes que: "(…) *incumpliría el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Cabe destacar que si bien dicha excepción no fue replicada en los Decretos provinciales Nº 584/2021 y Nº 1390/2021, hasta el mes de agosto/2021 (último mes disponible para esta unidad de auditoría por la Dirección General de Haberes), el agente continuó*

percibiendo el precitado adicional, en forma conjunta con los restantes adicionales del escalafón Salud".

En tal marco, procede analizar y citar en primer término, las partes relevantes del Decreto provincial Nº 1466/2020, emitido el 15 de octubre de 2021 y publicado en Boletín Oficial Nº 4736, el cual en su artículo 1º dispuso:

ARTÍCULO 1º.- Designar como Subsecretario de Gestión Asistencial Zona Sur, dependiente de la Secretaría de Gestión de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, con carácter "Ad honorem", al señor Eloy Guilllermo FLAHERTY, D.N.I. Nº 24.239.581, a partir del día trece (13) de octubre de 2020.

Por su parte, el ARTÍCULO 2º dispuso: *"Exceptuar de lo dispuesto en el Punto I del Anexo I del Decreto Provincial Nº 2366/14, al agente Eloy Guillermo FLAHERTY, Legajo Nº 24239581/00, categoría 22 P.A.yT., a fin de percibir el adicional "Dedicación Exclusiva Sanitaria" mientras dure la designación que mediante el presente acto se materializa".*

En orden a la motivación de la designación efectuada y en su caso de la excepción dispuesta, el Decreto reza:

"(…) *Que el derecho a la salud es una garantía constitucional reconocida por el "Bloque de Constitucionalidad" a partir de normas de dimensión internacional (artículo 75 inc. 22 de C.N.) y en el orden local, el artículo 53 de nuestra Constitución Provincial aludió a la garantía del derecho a la salud mediante acciones y prestaciones de agentes de la salud integrados*

por recursos humanos calificados para cubrir una necesidad pública tan innegablemente esencial para quienes vivimos en esta Provincia.

Que el mencionado derecho de raigambre constitucional impone deberes positivos a cargo de la autoridad pública, mediante médicos asistenciales sanitarios que contribuyan a un mayor bienestar y calidad de vida de los ciudadanos.

Que es competencia del Ministerio de Salud, garantizar la atención de la salud en un todo de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Provincial, y en consonancia con las competencias establecidas en el artículo 17 de la Ley Provincial Nº 1301, en lo inherente a la salud de la población.

Que resulta necesario designar un titular de la Subsecretaría de Gestión Asistencial Zona Sur del Ministerio de Salud a los fines de llevar adelante un adecuado funcionamiento del sistema de Salud Pública".

En su considerando Sexto se deja constancia de la situación de revista del nombrado y de la necesidad de contar con su prestación en lo asistencial cumpliendo funciones de Subsecretario, atento su *"especialidad dentro del Sistema Público de Salud"*, expresando al efecto, que: "(…) *Que el señor Eloy Guilllermo FLAHERTY, D.N.I. Nº 24.239.581, revista presupuestariamente en el Hospital Regional Ushuaia, desempeñándose profesionalmente como médico especialista en traumatología y ortopedia con actividad quirúrgica, encontrándose a cargo del Departamento de Cirugía del citado nosocomio y como médico a cargo del seguimiento de pacientes afectados*

por COVID-19, considerando que, ***en razón de su especialidad dentro del Sistema Público de Salud de la Ciudad de Ushuaia, resulta necesario la continuidad prestacional en lo asistencial".*** (Lo resaltado me pertenece)

Por último, y en lo que respecta a la excepción que dispone el decreto en análisis expresa: *"(…) Que el nombrado, se encuentra comprendido obligatoriamente en el régimen de Dedicación Exclusiva Sanitaria regulado por el Decreto Provincial Nº 2366/14 y sus similares modificatorios, el cual establece en su Anexo I, Punto I, que la Dedicación Exclusiva Sanitaria es incompatible con toda otra tarea, rentada o no, relacionada con su profesión, u otra que altere el normal desempeño de sus tareas, excepto la docencia, la investigación y la actividad pericia" (sic).*

Que atento lo expuesto, se hace necesario emitir el presente acto administrativo mediante el cual se exceptúe de lo dispuesto en el Anexo I, Punto II (debió decir Punto I) *del Decreto Provincial Nº 2366/14, al agente …, mientras permanezca como titular de la Subsecretaría de Gestión Asistencial Zona Sur, designación que guardará el carácter de "ad honorem".*

II.- Ahora bien, descripta la motivación de la excepción, y en orden a la consulta, debo indicar en primer término como noción conceptual, y siguiendo el aporte doctrinario efectuado por el Dr. Ricardo FRANCAVILLA, en su Trabajo "La Inderogabilidad Singular del Reglamento", que el "Principio de Inderogabilidad Singular del Reglamento", implica que *"(…) los reglamentos que dicta la Administración lo vinculan imperativamente, prohibiendo que un acto administrativo de alcance individual pueda vulnerar o hacer excepción a lo dispuesto en ellos, prohibición que se aplica aun cuando el emisor del acto*

individual posea mayor jerarquía que quien dictó el reglamento". (FRANCAVILLA, Ricardo, "La inderogabilidad singular del reglamento, Revista RAP on line, Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras)

Sobre los fundamentos que lo sustentan, y con diferencia de matices por parte de la Doctrina, claro está que el mismo reconoce su origen en el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, o en su acepción mas amplia, el de juridicidad, y en la no violación del derecho de igualdad.

Al efecto, Francavilla señala: " (…) *Comparto la idea de quienes ven el verdadero fundamento del principio en la vigencia irrestricta del principio de legalidad, que muchos prefieren denominar de juridicidad, entre los que me encuentro, porque expresa más adecuadamente la idea de que la Administración está sometida no sólo a la ley en sentido estricto, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, también a las propias normas reglamentarias que se autoimpuso; en consecuencia, no puede apartarse de ellas o dispensar su aplicación cuando le plazca, sin ninguna justificación válida, pues ello implicaría una infracción al mismo ordenamiento jurídico que ha contribuido a crear.*

Es que, si bien es cierto que la Administración tiene la potestad de derogar o modificar el reglamento, no lo es menos que ello debe disponerse con carácter general, pues tal potestad no puede ser interpretada en forma tan amplia como para admitir que también le otorgaría la libérrima facultad de apartarse en forma puramente discrecional del reglamento, cuando mejor le parezca, pues ello ofendería al principio de juridicidad. Sin embargo debo

adelantar que, en las condiciones que luego explicaré, en ciertos supuestos la Administración puede apartarse de un reglamento en casos particulares".

Este Tribunal de Cuentas ha dado tratamiento a cuestiones que han involucrado el principio en análisis, ello en situaciones en que se habría advertido supuestos de derogabilidad o de excepción singular de un reglamento, tales como las analizadas en oportunidad de emitir la Resolución Plenaria Nº 283/16 en la que se indicó:

"(…) *en virtud de lo expuesto, el caso que motiva la presente resolución, recae dentro de lo que la doctrina del derecho administrativo denomina "Inderogabilidad singular de los Reglamentos", es decir, la prohibición de excepcionar o derogar subjetiva y parcialmente la aplicación de normas de carácter general para sustraer de su cumplimiento individualmente a algún organismo o repartición del Estado y/o particular en aras de salvaguardar el principio de legalidad. Es decir, en palabras de GORDILLO: "... Por una parte no se puede en verdad decir que la administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos. No cumplir el propio reglamento parece una autocontradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente la ha sostenido nunca: Es más bien al contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos" . (Tomo I, Parte Gral., Cap. VII "Fuentes Nacionales del Derecho").*

Por su parte, el Acuerdo Plenario Nº 2247 -citado por los auditores intervinientes en su Informe como antecedentes considerados-, no sólo aporta nociones conceptuales a las cuales me remito, sino que el análisis avanza sobre

aquellas situaciones en que la Administración puede legítimamente disponer excepciones.

Así, el Acuerdo Plenario Nº 2247 señaló en lo que al caso interesa lo que a continuación se transcribe:

"(…) cabe traer a colación la opinión emitida por el Dr. FRANCAVILLA en su artículo comentado ut supra en cuanto el mismo manifiesta que: "...conforme a las atribuciones implícitas que provienen de la potestad reglamentaria que la Constitución Nacional le acuerda al Poder Ejecutivo, se puede aceptar, por un lado, que el propio reglamento prevea los casos que justificarán su dispensa de aplicación, y por el otro que, ***en aquellos supuestos no previstos, pero que en función dé circunstancias objetivamente consideradas justifiquen una excepción, la Administración podrá disponerla, pues de lo contrario, por un prurito formal, se causaría un perjuicio inútil a quienes exhiban una situación que torne válida la excepción****" (lo resaltado no es del original, op. cit. Pág. 589).*

Asimismo, siguiendo al autor ya citado, continúa expresando que *"(…) al igual que la ley, el reglamento no puede prever al momento de su sanción todas las situaciones especiales que pueden presentarse, o bien que puedan aparecer posteriormente, y que sean merecedoras de una excepción al régimen general.*

En dichos supuestos, el Poder Ejecutivo, a mérito de sus facultades implícitas, podrá establecer excepciones debidamente fundadas al reglamento,

pues de no poder hacerlo se caería en una verdadera injusticia, ya que se perjudicaría a quienes hubieran acreditado una situación especial, que bien justifica la dispensa singular".

Cabe resaltar en efecto que, si bien en la legislación administrativa no hay una prohibición expresa en relación a este tipo de prácticas de autorizar excepciones particulares a regímenes generales, existen antecedentes jurisprudenciales que receptaron el principio de la inderogabilidad recién citado como derivación lógica de la garantía de igualdad asegurada por la Constitución Nacional, y fijaron su alcance o extensión.

En ese orden de ideas, los alcances del principio y en su caso, de la excepción que habilite a no aplicar el reglamento en un acto particular, ha sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia. Y en tal sentido, nos ilustra el autor ut supra citado, señalando que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho en reiteradas oportunidades:

"Este tribunal tiene decidido que los órganos administrativos no pueden violar sus propias reglamentaciones, por lo que para poder dictar un acto de alcance particular que se aparte de ellas, es menester derogar la norma reglamentaria preexistente, modificarla, ***o bien interpretarla en forma tal de permitir que junto a la regla general coexista una excepción razonable, creada sobre datos objetivos, susceptible de ser utilizada por todos los que se encuentren en la misma situación"*** *("Durruty, Nelly B. c/ Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", sentencia del 9-10-2003, Lexis Nexis Nº 14/101117, entre tantos otros)".* (Lo resaltado no es del original).

En consecuencia, los órganos administrativos no pueden violar sus propias reglamentaciones, por lo que para poder dictar un acto de alcance particular que se aparte de ellas, es menester derogar la norma reglamentaria preexistente, modificarla o interpretarla en forma tal de permitir que junto a la regla general coexista una excepción razonable, creada sobre datos objetivos, susceptible de ser utilizada por todos los que se encuentren en la misma situación, criterio validado además por la CSJN en Fallo 312:1394 "Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro".

Por todo lo expuesto, conforme doctrina y jurisprudencia citada, la Administración, en este caso, el titular del Poder Ejecutivo, quien emitió el Decreto provincial Nº 2366/14, -norma que como reglamento autónomo, determinó los Adicionales Específicos del Área de Salud, entre los que se encuentra el de "Dedicación exclusiva sanitaria" y las incompatibilidades que genera su percepción-, puede, en mi opinión, legítimamente exceptuar de su aplicación en un caso concreto, sin que ello se oponga o implique violación del principio de inderogabilidad singular del reglamento, siempre que la dispensa para su inaplicabilidad al caso sea razonable.

Ello supone que la Administración puede establecer excepciones particulares al reglamento en los supuestos que lo justifique o motive adecuadamente, es decir, se encuentra habilitada para valorar cuando objetivamente se pueden establecer excepciones debidamente fundadas a sus propios reglamentos, en aras del interés general.

Así, analizado el Decreto provincial Nº 1466/20, en su art. 2, se advierte que por el mismo se excepciona al profesional nombrado del régimen obligatorio al que se encuentra sometido como profesional médico, y por el cual percibe el adicional especial denominado "Dedicación Exclusiva Sanitaria" previsto en Decreto provincial Nº 2366/14, -situación que en principio lo coloca en una desventaja económica respecto del resto de los profesionales médicos incluidos en el Anexo I, Punto I. 1)-, ello, y en mi opinión, con la finalidad de permitir que el profesional al no percibir el adicional que retribuye su "exclusividad laboral con estado", ya que este sistema *implica el bloqueo total de titulo para su actividad profesional privada,* no se encuentre alcanzado u obligado a la disponibilidad fuera de horario que contempla la norma, más allá de su jornada obligatoria.

El régimen de "Dedicación Exclusiva Sanitaria", previsto en el entonces vigente Decreto provincial Nº 2366/14, establecía, sin perjuicio de la jornada obligatoria para las categorías comprendidas -régimen de trabajo exigible de 40 horas semanales-, que la dedicación exclusiva comprende *la concurrencia fuera de ese horario o cuantas veces resultare necesario por razones de servicio,* que la misma es incompatible con toda otra tarea, rentada o no, relacionada con su profesión, u otra que altere el normal desempeño de sus tareas, excepto la docencia, la investigación y la actividad pericial, y que implica el *bloqueo total de titulo para su actividad profesional privada.*

Y además, la aceptación de las siguientes condiciones:

"1. Disponibilidad institucional: todo cumplimiento de las actividades planificadas para el desarrollo de las tareas propias de su profesión que involucre directamente la prestación del servicio.

2. Disponibilidad para el Ministerio de Salud: respuesta a requerimientos excepcionales de orden público cuando exista una necesidad debidamente justificada.

3. Disponibilidad para actividades no asistenciales de importancia sanitaria: de planificación, capacitación o asesoría técnica vinculada a la calidad de atención en materia de salud pública.

4. Disponibilidad para cubrir guardias: respuesta dentro de límites exigibles, y de acuerdo a los alcances del apartado de referencia, para garantizar la cobertura del sistema de acuerdo a las necesidades del servicio en el que reviste el agente o en casos excepcionales aquellos vinculados a su competencia.

Esta disponibilidad es optativa para aquellos agentes que hayan cumplido veinte (20) años bajo el sistema de "Dedicación Exclusiva Sanitaria" o que cincuenta (50) años de edad, excepto en situaciones de emergencia justificada".

Evidentemente, la determinación del tal régimen y las incompatibilidades previstas en relación a los profesionales médicos que prestan servicios dentro del sistema público de salud, para ejercer toda otra tarea, rentada o no, relacionada con su profesión, u otra que altere el normal desempeño de sus tareas, tiene su razón de ser en cuestiones de interés público vinculadas a la necesidad de garantizar plenamente la atención y el servicio de salud de la

población en toda su red prestacional, y evitando por ese adicional que se paga, el ejercicio profesional en el ámbito privado.

La doctrina ha dicho: "(…) *las incompatibilidades se fundan en el interés público y tienden a proteger o satisfacer bienes jurídicos de la Administración (organización, control laboral, especialización de los agentes, transparencia e imparcialidad en la función, administración del mercado de empleo, etc,) o de los propios agentes (limitación de la jornada y de la afectación al trabajo)* (…)" (García Pullés, "RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL" (Lexis Nexis). Pág. 249.

Siguiendo a la doctrina, considero que las incompatibilidades previstas en este decreto, son de aquellas fundadas en razones de carácter práctico organizacional, a los fines de lograr la mayor eficiencia en la prestación de servicios, evitando que el agente diversifique o divida su actividad en dos o mas empleos, sin que en principio, se comprometa un tema ético.

Así, me remito a Doctrina citada por el Fiscal de Estado en su Dictamen Nº 15/08, en el cual indicó respecto de las nociones conceptuales de las incompatibilidades y los fundamentos perseguidos a través de la determinación de las mismas, lo siguiente:

"(…) A tal fin cabe decir que en la Obra "Empleo Público" (Librería Editora Platense) al abordar el tema "LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS AGENTES PÚBLICOS CON PARTICULAR REFERENCIA A LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES", y específicamente la "NOCIÓN CONCEPTUAL Y FUNDAMENTOS", respecto a aquella Villafañe afirma:

"Liminarmente cabe traer a consideración las nociones brindadas por prestigiosa doctrina científica.

(…) A su turno MARIENHOFF pone de manifiesto: "… Todo lo atinente a "incompatibilidades" corresponde estudiarlo entre los "deberes" del agente público, porque el régimen de ellas se vincula con el deber de desempeñar eficazmente el cargo por parte del funcionario o empleado. Gran parte de las incompatibilidades tiene por finalidad facilitar el cumplimiento del deber de dedicación característico del agente público… Por incompatibilidad deben entenderse, por un lado, el deber de no acumular un mismo agente dos o más empleos considerados inconciliables por la norma respectiva; por otro lado, el deber de no ejercer coetáneamente con el empleo, alguna actividad o profesión considerada inconciliables con éste. ***En el primero de los aspectos mencionados, la incompatibilidad aparece fundada en una razón de carácter práctico: lograr la mayor eficiencia en la prestación de los servicios, evitando que el agente diversifique su actividad en dos o más empleos;*** *en el segundo de dichos aspectos, aparte de que también la incompatibilidad puede responder a la expresada rezón práctica, su fundamento generalmente obedece a una razón de orden ético, pues algunas actividades o profesiones pueden no resultar conciliables con el ejercicio de la función o empleo. (…)"* (Lo resaltado me pertenece)

Por todo lo expuesto, y en mi opinión, excepciones como la dispuesta en el artículo 2° del Decreto provincial N° 1466/20 pueden legítimamente habilitarse por el Poder Ejecutivo en tanto resulten debidamente

fundadas, y en tal caso, la inaplicabilidad del reglamento a un caso particular, no implica la violación al principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Téngase presente, que el propio régimen previsto por el Decreto provincial Nº 2366/14, autoriza sistemas de excepción, tal como aquel que habilita en relación a profesionales que hayan cumplido determinada edad o determinados años de sometimiento al régimen, en el cual su continuidad resulta optativa, o en los casos de inclusión o desafectación de otros profesionales no incluidos por razones de servicios, ello conforme lo indicado en su Anexo I, punto II y apartado 4.

Todo lo cual también permite encuadrar la incompatibilidad en análisis, siguiendo a García Pullés en la obra ya citada, como ***"relativa",*** que es aquella que tiene lugar *"cuando la acumulación de cargos no supone necesariamente la existencia de intereses contrapuestos entre los del agente y los del Estado, siendo factible para la autoridad exceptuarla o autorizarla dentro de los márgenes dispuestos por la norma (...)" (*Pág. 248)

Aclarado lo anterior, y sin perjuicio de ello, la motivación de la excepción, conforme surge de los considerandos del decreto precedentemente transcriptos, no es suficientemente clara, atento que, no obstante efectuar consideraciones generales respecto de la garantía de salud que debe proporcionar a la población, no indica cual es el motivo por el que se considera que es el único profesional del sistema de salud, con especialidad para ejercer las funciones que le asigna, y de que forma se vería resentido o condicionado el servicio médico, propio del área al que corresponde su designación en planta permanente, en caso de su ausencia, que motivara o justificara objetivamente la decisión, sin constar

además la intervención del servicio jurídico, todo lo cual en principio, implica vicios en el acto, por deficiente motivación y causa, conforme lo dispuesto por los incs. b) y e) de la Ley provincial N° 141, aunque la declaración de nulidad se torna abstracta, ya que el acto dejó de tener vigencia, luego del dictado del Decreto provincial Nº 584/2021.

Por lo expuesto, y si bien el Poder Ejecutivo, con deficiente motivación, y en el marco de facultades propias que razonablemente puede ejercer, lo excluyó al profesional nombrado del régimen de disponibilidad institucional y horaria, -no de su jornada básica ni del régimen general de incompatibilidades-, ya que esta excepción no lo habilita a ejercer su actividad profesional fuera del Ministerio de Salud, sino por el contrario, le asignó mayores responsabilidades en ese ámbito, a través de su designación como subsecretario ad honorem prevista en el artículo 1° del Decreto provincial Nº 1466/20, es ésta última designación, la que en mi opinión y compartiendo lo indicado por los auditores intervinientes, la que resulta incompatible desde el punto de vista legal y funcional.

Por ello, la ilegitimidad del Decreto provincial Nº 1466/2020 en análisis, deviene, no de la excepción acordada en el artículo 2º, sino de la función política que le asigna en el artículo 1º.

Si bien la función ad honorem acordada, no viola el artículo 9° de la Constitución Provincial, norma que establece que "(...) N*inguna persona podrá acumular dos o más empleos públicos rentados, ya sea de planta permanente o por contrato, así sean nacionales, provinciales o municipales, con*

excepción del ejercicio de la docencia o la investigación científica. En cuanto a los ad-honorem, la ley u ordenanza determinará los que sean incompatibles", ello habida cuenta que la designación en carácter de subsecretario no es rentada, no obstante, considerando la norma constitucional, corresponde también analizar si el cargo de subsecretario es incompatible con otro empleo público.

Cabe recordar las palabras del Convencional MARTINELLI, en oportunidad de dar tratamiento a la citada norma:

"Un poco con el ánimo de aclarar el alcance de esta parte del artículo, quiero señalar que con eso se quiere decir que no esta prohibida la prestación de un servicio gratuito, de un asesoramiento honorario, a cualquier repartición del Estado por parte de aquel que tiene algún empleo o alguna función. Es decir, que una persona, que por ejemplo tiene un empleo determinado en una cierta categoría y que fuera de su horario asesora en forma gratuita al gobierno, eso no está prohibido, salvo, dice la Constitución, que la ley determine alguna incompatibilidad. En principio, el desempeño de actividades científicas o comisiones eventuales ad – honorem o gratuitas son compatibles. Con un empleo público rentado, salvo que la ley determine específicamente que no pueden ser compatibles, porque hay un interés público que pudiera afectar. Ese es el sentido del artículo. La libertad de acumular un cargo rentado con un cargo ad - honoren o de dos cargos ad – honorem, eso se puede hacer, salvo que la ley establezca lo contrario".

En tal marco, cabe indicar en primer término, que el régimen de empleo público vigente en la Provincia -Ley nacional Nº 22.140- aplicable atento lo dispuesto por la Ley Territorial Nº 331, establece, entre otras cuestiones:

En su artículo 2º, inc. a) exceptúa del régimen a: *"a) Los Ministros y Secretarios de Estado del Poder Ejecutivo Nacional, Secretarios de la Presidencia de la Nación, Subsecretarios y las personas que por disposición legal o reglamentaria, ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados;"*, ello en razón de que desempeñan cargos políticos.

En su artículo 27 y como un deber del agente establece el de: *l) encuadrarse en las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos;*

Y el artículo 29 dispone: *"El desempeño de un cargo en la Administración Pública Nacional será incompatible con el ejercicio de otro en el orden nacional, provincial o municipal, salvo en los casos en que el Poder Ejecutivo Nacional autorice su acumulación. Esta autorización se concederá sin perjuicio del estricto cumplimiento de la jornada de trabajo y demás deberes del agente.*

Así, y en función de esa incompatibilidad de un cargo de planta permanente con el ejercicio de funciones políticas, y en forma expresa, el Decreto N° 8566/61 que prevé el "Régimen de acumulación de cargos, funciones y pasividades", aún vigente en nuestra Provincia, establece directamente en su artículo 3° la obligación de solicitar licencia sin goce de haberes por parte del personal que fuere designado: "(...) *a) ministro, secretario de estado,* ***subsecretario*** *(…)*

Asimismo, el citado decreto 8566/61 establece en su artículo 5º que:

(…) *El personal designado por el Poder Ejecutivo para el desempeño transitorio de otro cargo, empleo, misión o comisión, sólo podrá percibir el sueldo o la asignación mayor que le correspondiere sin derecho a ninguna otra retribución adicional por ese cometido, la disposición que antecede es de aplicación para los gastos de representación, viáticos, movilidad o reintegro de gastos que funcionalmente corresponda al cargo, función o comisión que se desempeñe, no pudiendo acumularse asignaciones por tales conceptos correspondientes a cargos distintos".*

En orden a la referida obligación de solicitar licencia, y en forma armónica, la misma también resulta prevista en el Decreto Nacional Nº 3413/79 sobre Licencias, Justificaciones y Franquicias, artículo 13, inc II, apartado a) por ejercicio transitorio de otros cargos, norma que establece que "(…) *el agente que fuera designado o electo para desempeñar funciones superiores de gobierno en el orden nacional, provincial o municipal, queda obligado a solicitar licencia sin percepción de haberes, que se acordará por el término que ejerza esas funciones".*

Por su parte, y sin perjuicio de las normas previstas en el Decreto provincial Nº 2366/14, sustituido por su similar Nº 1038/21, referidas a adicionales del personal que presta servicios en el Ministerio de Salud y las incompatibilidades para el ejercicio profesional fuera del ámbito del Ministerio de Salud, debo señalar como una norma que nos aporta pautas para dilucidar el tema en análisis, las previsiones del decreto Decreto N° 8566/61 -Régimen de

acumulación de cargos, funciones y pasividades, ya citado, el cual en su artículo 10 establece que los profesionales del arte de curar pueden acumular cargos, en las condiciones del artículo 9, y este último en su inciso e) establece: "***Art. 9.-*** *Como excepción a lo dispuesto en el* ***art. 1****, autorízanse únicamente las acumulaciones expresamente citadas en este capítulo, las que estarán condicionadas en todos los casos a que se cumplan los siguientes extremos, sin perjuicio de las exigencias propias de cada servicio en particular: (…)* ***e)*** *que no se contraríe ninguna norma de ética, eficiencia o disciplina administrativa inherente a la función pública tales como: parentesco, subordinación en la misma jurisdicción a un inferior jerárquico,* ***relación de dependencia entre los dos empleos*** *y otros aspectos o supuestos que* ***afecten la independencia funcional de los servicios***". (Lo resaltado no es del original).

Analizadas en efecto las misiones y funciones de la Subsecretaría de Gestión Asistencial Zona sur, en la que fue designado, previstas en el Decreto provincial Nº 1421/20, publicado en el Boletín Oficial N° 4728, se advierte la incompatibilidad funcional, con su empleo de médico (con o sin dedicación exclusiva sanitaria).

La citada subsecretaria depende de la Secretaria de Gestión de redes asistenciales cuya misión es asistir al Ministerio de Salud en la "*planificación, gestión y administración de los servicios de salud de la población*".

Particularmente tiene como misión "*asistir al Secretario de Gestión de Redes Asistenciales en el diseño y evaluación de estrategias de abordaje de problemas de salud en la detección y asistencia hasta la*

recuperación priorizando políticas de acceso, oportunidad y calidad de servicios en la zona geográfica de su competencia".

Y como funciones las de :

1.- Conducir acciones tendientes a garantizar la integralidad y continuidad del proceso de atención de salud con eje priorizado en políticas de atención primaria de la salud y dispositivos de medicina comunitaria;

2.- Garantizar la prestación de salud de alta complejidad y especialidades de soporte crítico;

3.- Administrar los recursos humanos y físicos para garantizar la asistencia de salud en la población en el área geográfica de su competencia;

4.- Coordinar la red prestacional para garantizar la calidad e integralidad del proceso de atención de la salud;

5.- Ejecutar, en coordinación con otras áreas del ministerio de salud, programas de gestión de calidad de servicios.

Por su parte, de ella depende la Dirección General del Hospital Regional de Ushuaia, y los departamentos de Cirugía, Medicina, Materno Infantil, Emergencias, Enfermerías, entre otros.

La complejidad y extensión de las funciones y recursos humanos y físicos a administrar por la Subsecretaría, a fines de garantizar el acceso a la salud por parte de la población, permiten considerar que su ejercicio, no es un mero asesoramiento, sino una función dentro de la estructura política, que exige la completa disponibilidad del funcionario y que todo otro cargo que pudiera llegar a ejercer su titular, ***afecta la independencia funcional del servicio a su cargo.*** Además de darse en el caso, la incompatibilidad derivada de la relación de

dependencia, ya que el profesional como agente depende de él mismo como subsecretario, tal como también lo indicó el Informe Contable.

Se da en el caso, no sólo la incompatibilidad funcional, sino también lo que la doctrina considera como incompatibilidades horarias, y en orden a ellas, García Pullés en la obra, cuya dirección estuvo a a su cargo, denominada "RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL" (Lexis Nexis), nos ilustra indicando:

"(…) *hacen naturalmente al deber de dedicación del funcionario público y a su protección integral (física y psíquica). Su tipificación como absoluta y la imposibilidad jurídica de autorizar excepciones al mandato que imponen encuentra fundamento en el art. 16 de la C.N. y el trato igualitario que debe otorgarse a todos los agentes"* (Pag. 246)

Cabe señalar que el antecedente citado en el Informe contable, relativo a la designación de un agente de la Dirección Provincial de Puertos como Presidente de la misma ad honorem, manteniendo sus funciones como agente de planta permanente, la incompatibilidad indicada por el Fiscal de Estado en su Dictamen 20/15, surge expresamente de la Ley de creación del organismo -Ley provincial Nº 69- que determina los requisitos e incompatibilidades para ser presidente son los mismos que para ser ministro, y por ello, le resultan aplicables las incompatibilidades del artículo 137 de la Constitución Provincial.

En ese orden de ideas, las funciones políticas o funciones superiores de gobierno, tales como ministro, como las de secretario o

subsecretario, requieren dedicación o disposición permanente por parte de la persona designada, sin que se puede admitir la continuidad de tareas de planta permanente, ya que no trata de simple asignación transitoria de funciones de mayor responsabilidad que se retribuyen con un adicional por subrogancia.

De todo ello resulta que el cargo de Subsecretario es incompatible con el desempeño de cualquier empleo público, y corresponde que quien lo ejerza tome la correspondiente licencia sin goce de haberes, con reserva de cargo, mientra dure la designación.

Cabe indicar finalmente que la Ley Provincial Nº l301 - De Ministerios, establece en su artículo 9 que:

"Es incompatible el cargo de Ministro o equivalente con cualquier otra función pública Nacional, Provincial o Municipal fuera ésta, permanente o transitoria, rentada, con excepción de las actividades docentes y la representación de la Provincia en organismos federales y/o en entidades sin fines de lucro; así como en funciones honorarias de estudio, colaboración o coordinación de interés provincial.
Podrán desempeñarse en otro cargo o función en carácter ad-honorem cuando el Gobernador así lo autorice por decreto y siempre que no se verifique un conflicto de intereses".

De la referida norma, particularmente de lo dispuesto en su segundo párrafo, se puede inferir, que razonablemente el Poder Ejecutivo pudo haber interpretado que podría asignar funciones ad honorem al agente, aunque la misma

sólo lo habilita para los funcionarios políticos, cuestión que de haber contado con dictamen del servicio jurídico se habría despejado.

Cabe indicar, siguiendo a García Pullés en obra ya citada, que esta incompatibilidad, si bien resulta expresa para los funcionarios que ejercen funciones de Ministros, puede resultar mas difícil su encuadre en el nivel político de subsecretarios -los cuales, en mi opinión, no hay dudas que son funcionarios políticos, incluso esa consideración surge de la atribución de responsabilidades que atribuye la propia Constitución Provincial en el artículo, 190, entre otros-.

Por ello, podría categorizarse como una incompatibilidad virtual, por oposición a las expresas, y que es de aquellas que *"no están contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico, pero surge de aquel en forma implícita, siendo necesario para su determinación un previo y particular análisis de cada situación, por parte de un sujeto diverso del agente, que juzgue el caso de modo imparcial -generalmente autoridad de aplicación e interpretación del régimen respectivo- con el fin de verificar su real existencia.*

Los efectos de este tipo de incompatibilidades, consecuentemente, nunca podrían operar de pleno derecho, provocando la aplicación de sanción o la extinción de la relación de empleo público. Sin embargo, ello podría ocurrir una vez determinada la incompatibilidad, si el agente no se aparta de la circunstancia que la motiva en término, optando por uno de los cargos".

Conforme todo lo expuesto, y considerando que no hubo percepción de haberes como subsecretario y que por otra parte, los haberes abonados se corresponden con las prestaciones correspondientes a su situación de revista, (incluso guardias, conforme lo indica el Informe Contable), estimo razonablemente acreditada la buena fe del agente en la percepción de sus haberes, sin que el caso, implique perjuicio fiscal, salvo que se dé la continuidad en las funciones de subsecretario ad honorem, luego que el Tribunal comunique las conclusiones del caso, ello de compartir los términos de los informes.

Finalmente, debo indicar que esta incompatibilidad es absoluta, es decir de aquellas que *no deja a la autoridad posibilidad alguna de exceptuarla o autorizarla. Se sustenta en los intereses del Estado y la protección del bien común (…)". (García Pullés, Obra citada, pág 245).*

III.- CONCLUSIÓN:

Por todo lo expuesto, y con los alcances indicados en el análisis, en mi opinión, conforme doctrina y jurisprudencia citada, el titular del Poder Ejecutivo, quien emitió el Decreto provincial Nº 2366/14, -norma que como reglamento autónomo, determinó los Adicionales Específicos del Área de Salud, entre los que se encuentra el de "Dedicación exclusiva sanitaria" y las incompatibilidades que genera su percepción-, puede legítimamente exceptuar de su aplicación en un caso concreto, tal como lo dispuso en el artículo 2° del Decreto provincial Nº 1466/20, sin que ello se oponga o implique violación del principio de inderogabilidad singular del reglamento, siempre que la dispensa para su inaplicabilidad al caso sea razonable y debidamente motivada.

Por lo anterior, y si bien el Poder Ejecutivo, con deficiente motivación y en el marco de facultades que razonablemente puede ejercer, lo excluyó al profesional ya nombrado del régimen de disponibilidad institucional y horaria, -no de su jornada básica ni del régimen general de incompatibilidades, ya que esta excepción no lo habilita a ejercer su actividad profesional fuera del Ministerio de Salud, sino por el contrario, le asignó mayores responsabilidades en ese ámbito, a través de su designación como subsecretario ad honorem prevista en el artículo 1° del Decreto provincial Nº 1466/20-, es ésta última designación, la que en mi opinión, y compartiendo lo indicado por los auditores intervinientes, la que resulta incompatible desde el punto de vista legal y funcional, conforme a la normativa y análisis realizado.

Por ello, la ilegitimidad del Decreto provincial Nº 1466/2020 en análisis -hoy derogado-, deviene, no de la excepción acordada en el artículo 2º, sino de la función política de subsecretario que le asigna en el artículo 1º, independientemente que sea ad honorem o no.

Atento lo indicado, y de subsistir la designación en ese carácter, corresponde instar a las autoridades competentes a que se ejerza la opción por uno de los cargos, y en caso que continúe cumpliendo funciones como subsecretario, procede acordar la correspondiente licencia por cargo de mayor jerarquía, habida cuenta que se trata de funciones políticas superiores de gobierno, y no de simple asignación transitoria de funciones de mayor responsabilidad.

Sin más, y compartiendo las acciones sugeridas en el Punto IV del Informe Contable Nº 376/2021 – Letra T.C.P. - G.E.A. Haberes, elevo para su comunicación a Secretaría Contable y por su intermedio a los integrantes del Grupo de Auditoría de Haberes, ello de compartir sus términos.

Dra. María Laura Rivero
ABOGADA
Mat. Prov. Nº 391
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Secretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia
25 FEB 2022
RECIBIDO
Paula Mariela MINOLFI
Asistente Administrativa
Secretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia

INFORME CONTABLE

INFORME CONTABLE Nº 035/2022.
Letra: TCP-G.E.A. Haberes.
Ref.: Solicita aperturar expediente para la continuidad del trámite.

Análisis Varios: "Incompatibilidad legal y funcional derivada del desempeño como funcionario del Ministerio de Salud en carácter de *ad honorem*, en forma concomitante como agente en el Escalafón Salud".

Auditoras Fiscales: C.P. Claudia M. CHAVEZ,
C.P. María José FURTADO

Ushuaia, 24 de febrero de 2022.

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
29

Tema: "Incompatibilidad legal y funcional derivada del desempeño como funcionario del Ministerio de Salud en carácter de *ad honorem*, en forma concomitante como agente en el Escalafón Salud".

Índice

1. **Destinatario**.....1
2. **Objeto**.....1
3. **Marco normativo**.....2
4. **Antecedentes**.....3
5. **Aclaraciones previas**.....4
6. **Análisis**.....5
7. **Conclusión**.....6

FOLIO 30

1. Destinatario

El presente informe esta dirigido a la Secretaría Contable.

2. Objeto

Este informe tiene por objeto comunicar a esa Secretaría Contable y por su intermedio al Plenario de Miembros, la reiteración de las Conclusiones y Acciones Sugeridas plasmadas en los apartados III y IV.2 del Informe Contable Nº 376/2021 Letra: T.C.P.-G.E.A. Haberes del 13/10/2021. Estas guardan relación con la incompatibilidad legal y funcional detectada por esta área de control, derivada del desempeño del Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY como funcionario del Ministerio de Salud en carácter de *ad honorem*, en forma concurrente con la continuidad de prestación de servicios como agente de la planta permanente del Escalafón Salud.

Es dable destacar que, con motivo de lo solicitado en el punto 1 del apartado IV del precitado informe contable, la Secretaría Legal dio cumplimiento a la solicitud de intervención, emitiendo al efecto el Informe Legal Nº 378/2021 Letra: T.C.P.-C.A. del 26/11/2021, el cual fue compartido por la Coordinadora de la Secretaría Legal, a través de la Nota Interna Nº 3277/2021 Letra: T.C.P.-C.L. En el mencionado informe legal se compartieron las acciones sugeridas detalladas en el informe contable ya citado.

3. Marco normativo

El marco normativo consultado en relación al tema bajo estudio fue el siguiente:

1. Ley nacional Nº 22.140, Régimen Jurídico Básico de la Función Pública;
2. Ley Territorial Nº 331, Administración Pública Territorial. Aplicación de la Ley nacional Nº 22.140 y Dto. 1428/73 al personal de la misma;
3. Decreto nacional Nº 3413/1979, sobre Licencias, Justificaciones y Franquicias;
4. Decreto nacional Nº 8566/1961, Régimen de Acumulación de cargos, funciones y pasividades para la Administración Pública Nacional;
5. Decreto provincial Nº 2366/2014, derogado por el Decreto provincial Nº 1038/2021 y modificatorios, atinente al marco normativo del escalafón Salud;
6. Decreto provincial Nº 40/2020 relativo al porcentaje de remuneraciones de las Autoridades Superiores.

Además, se consultaron los siguientes actos administrativos dictados en relación a las designaciones y/o promociones del Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY:

1. Decreto provincial Nº 1984/2011 del 29/08/2011 referido a la designación del agente en la planta permanente categoría 22 P.A.yT. del escalafón Salud;

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
31

2. Decreto provincial N° 1466/2020 del 15/10/2020 (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial N° 1421/2020 del 13/10/2020), atinente a la designación como Subsecretario de Gestión Asistencial Zona Sur a partir del 13/10/2020 al 24/03/2021;
3. Decreto provincial N° 584/2021 del 25/03/2021 (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial N° 583/2021 del 25/03/2021), relativo al nombramiento como Subsecretario de Redes Asistenciales a partir del 25/03/2021 al 19/07/2021;
4. Decreto provincial N° 1390/2021 del 19/07/2021, vigente en la actualidad (conforme Estructura Política y misiones y funciones establecidas por el Anexo I y II del Decreto provincial N° 1358/2021 del 19/07/2021), por el cual se lo designa como Subsecretario de Redes Asistenciales Zona Sur a partir del 19/07/2021;
5. Decreto provincial N° 192/2022 del 31/01/2022, a través del cual se promociona al agente de la categoría 22 P.A.yT. a 23 P.A.yT. del escalafón Salud, a partir del 08/11/2021.

4. Antecedentes

El presente informe contable, se emite luego de la intervención de la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas, materializada en el Informe Legal N° 378/2021 Letra: T.C.P.-C.A. del 26/11/2021, firmado por la Dra. María Laura RIVERO, el cual fue compartido por la Coordinadora de la Secretaría Legal, Dra.

María Julia DE LA FUENTE, a través de la Nota Interna Nº 3277/2021 Letra: T.C.P.-C.L. del 21/12/2021.

Dicha intervención fue efectuada como consecuencia de la consulta realizada por los Auditores Fiscales del Grupo Especial de Auditoría de Haberes, detallada en el apartado IV.1 del Informe Contable Nº 376/2021 Letra: T.C.P.-G.E.A. Haberes del 13/10/2021. En dicho apartado se solicitó analizar la excepción de carácter singular efectuada por el Decreto provincial Nº 1466/2020, a favor del Sr. Eloy Guillermo FLAHERTY, D.N.I. Nº 24.239.581 para la continuidad de la percepción del adicional Dedicación Exclusiva. Ello por cuanto a partir de allí, el mencionado agente se desempeñó en distintos cargos como funcionario dentro de la estructura política del Ministerio de Salud en carácter de *ad honorem*, en forma concomitante con su continuidad en la prestación de servicios y percepción de haberes como agente del Escalafón Salud.

5. Aclaraciones previas

En cuanto a la cuestión sometida a consulta, en el Informe Legal Nº 378/2021 Letra: T.C.P.-C.A. se concluyó que, el titular del Poder Ejecutivo puede legítimamente exceptuar de su aplicación en un caso concreto, sin que ello se oponga o implique violación del principio singular del reglamento, siempre que la dispensa para su inaplicabilidad al caso sea razonable y debidamente motivada. Ello sin perjuicio que fue puesto de manifiesto la deficiente motivación del acto analizado, este es el Decreto provincial Nº 1466/20, atinente a la designación del Sr. FLAHERTY como Subsecretario de Gestión Asistencial Zona Sur a partir del 13/10/2020.

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
32

Además, la letrada dictaminante coincidió con la opinión vertida en el Informe Contable Nº 376/2021 Letra: T.C.P.-G.E.A. Haberes, en cuanto a que la designación del Sr. FLAHERTY como Subsecretario *ad-honorem* resulta incompatible desde el punto de vista legal y funcional.

Por último en su conclusión señaló: "*Atento lo indicado, y de subsistir la designación en ese carácter, corresponde instar a las autoridades competentes* ***a que se ejerza la opción por uno de los cargos, y en caso que continúe cumpliendo funciones como subsecretario, procede acordar la correspondiente licencia por cargo de mayor jerarquía****, habida cuenta que se trata de funciones políticas superiores de gobierno, y no de simple asignación transitoria de funciones de mayor responsabilidad.*" (lo resaltado nos pertenece).

6. Análisis

En esta nueva oportunidad, se consultó la información disponible en el sistema Tercera Copia respecto del Sr. FLAHERTY. Así, en relación a su condición de agente de la planta permanente, se tomó conocimiento de la promoción a la categoría 23 P.A.y.T a partir del 08/11/202, conforme lo dispuesto en el Decreto provincial Nº 192/2022, el cual también fue consultado en el ejemplar nº 5055 del Boletín Oficial de la Provincia. Asimismo se verificó la continuidad de aplicación del régimen del escalafón Salud, en la liquidación de sus haberes (último período consultado 01/2022).

Finalmente, mediante el mismo sistema, no se observaron modificaciones en cuanto a la designación del Sr. FLAHERTY como Subsecretario de Redes Asistenciales Zona Sur dentro (Decreto provincial Nº 1390/2021). Al respecto corresponde mencionar que, si bien esta área de control tomó conocimiento del dictado del Decreto provincial Nº 2597/2021 del 07/12/2021, por el cual se efectuó una nueva modificación a la Estructura Política de la cartera sanitaria, esta únicamente tuvo por propósito la incorporación de tres coordinaciones, no afectando la situación del cargo analizado.

7. Conclusión

En forma coincidente con lo expresado por la abogada dictaminante, en la respuesta efectuada a nuestra consulta legal y conforme se expuso en el apartado 5. Aclaraciones Previas precedente, se concluye que la designación del Dr. FLAHERTY como funcionario, percibiendo sus haberes como personal de planta permanente del escalafón SALUD no se ajusta a la normativa que versa al respecto. Ante ello corresponde instar al cese inmediato de la situación irregular detectada por esta área de control.

Por último entendemos necesario poner en conocimiento de las autoridades competentes las ACCIONES SUGERIDAS detalladas en el punto 2 del apartado IV del Informe Contable Nº 376/2021 Letra: T.C.P.-G.E.A. Haberes, las cuales se reproducen a continuación:

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
33

"Poner en consideración del Plenario de Miembros del presente Informe Contable, con el fin de:

***a)** Instar a la Ministro de Salud, Dra. Judit J.R. DI GIGLIO, a que arbitre las acciones necesarias para regularizar la situación detectada respecto del Dr. Eloy G. FLAHERTY.*

***b)** Recomendar al Secretario de Coordinación Legal, Sr. Milton FELLAY, a que en materia de designaciones en los cargos de las Estructuras Políticas de los distintos Ministerios, con motivo de su intervención en forma previa a la suscripción de los decretos, de estricto cumplimiento a la normativa vigente señalada en el presente informe.*

***c)** Requerir al Subsecretario de Empleo Público, Sr. Rubén H. BORLA y a la Secretaria de Haberes, C.P. Olga C. ROJO, a que arbitren las acciones tendientes a informar a este Tribunal de Cuentas sobre la existencia de otros casos similares al aquí analizado, en el ámbito de los Ministerios y/o Secretarías de Estado.*

***d)** Recomendar a las autoridades nombradas en el punto anterior, el apego a la correcta normativa que debe aplicarse en materia laboral y salarial respecto a quienes siendo agentes, desempeñen transitoriamente cargos políticos.*

e) *Poner en conocimiento del Auditor General Adjunto dependiente de la Contaduría General de la Provincia, C.P. Hugo O. BARRÍA MIRANDA y del Director General de Auditoría Interna del Ministerio de Salud, C.P. Luis G. PEÑALOZA de la situación observada respecto del Dr. FLAHERTY, a fin de que los mismos implementen procedimientos de control efectivos que eviten la recurrencia de casos como el aquí detectado."*

C.P. María José FURTADO
Auditora Fiscal – T.C.P.
Contadora Pública (U.N.P.S.J.B)
Mat. T° 1 F° 164 - C.P.C.E.T.F.

C.P. Claudia M. CHAVEZ
Auditora Fiscal – T.C.P.
Contadora Pública (UNaM)
Mat. T° 1 F° 150 - C.P.C.E.T.F.