

# CONFLICTOS DE INTERESES PRIMERA PARTE

Susana NoemiTomasi

Publicado en magatem.com.ar el 26 de abril del 2013

## INTRODUCCIÓN

El auge de los denominados Conflictos de Intereses a nivel países, a nivel organizaciones, empresas y entes o a nivel de profesiones dadas la cantidad de situaciones acaecidas en los últimos tiempos tanto en nuestro país como en el mundo, que reflejan acontecimientos que afectan los caudales públicos debido a acrecentamientos indebidos de los políticos de turno, ya sea a través recaudaciones en negro que son entregadas a través de partidos políticos a distintos estamentos de los gobiernos de ciudades o países, o el pago de “coimas”, para la obtención de licitaciones, etc., hace importante analizar al tema.

Se expondrán las distintas definiciones es respecto a los Conflictos de Intereses y la relación existente entre los mismos y la Teoría Económica de la Agencia.

Se desarrollará una Política de Gestión del Conflicto de Intereses, de manera tal que los distintos organismos, estatales o privados, cuenten con normas y regulaciones para la gestión de los mismos, que sirvan para su detección, prevención, y los procedimientos a seguir en caso de que se haya suscitado un Conflicto de Intereses en el ente en cuestión.

Se incluye la legislación que atañe a los Conflictos de Intereses que conciernen a la Administración Pública y Privada y Jurisprudencia Nacional de Argentina.

## DEFINICIONES

Un Conflicto de Intereses, es definido en (1), de la siguiente manera:

“En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de “conflicto de intereses” cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.

1. Implica una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, es decir, éste tiene intereses personales que podrían influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades.
2. Mediante el régimen de conflictos de intereses se busca preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de quien ejerce una función pública, evitando que su interés particular afecte la realización del fin al que debe estar destinada la actividad del Estado”.

Asimismo se entiende en (2) que “pueden surgir riesgos de conflictos de intereses en dos niveles: como conflictos de intereses institucionales, y como conflictos de intereses personal.

1. Un conflicto de interés institucional surge cuando, como resultado de otras actividades o relaciones, una organización no puede prestar servicios imparciales, la objetividad de la organización para realizar la labor correspondiente al mandato se ve o puede verse afectada, o la organización tiene una ventaja competitiva injusta.

2. Un conflicto de interés personal es una situación en que los intereses privados de una persona —como relaciones profesionales externas o activos financieros personales— interfieren o puede entenderse que interfieren con el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

Al respecto en economía surge la Teoría de la Agencia que se puede exponer como (3):

“La relación de agencia o relación principal-agente es uno de los más antiguos y comunes modos de interacción social que se conocen. Una relación de agencia surge cuando una o más personas (el principal) encarga a otra persona (el agente) realizar un determinado cometido en su nombre. Una relación de agencia entre dos individuos existe siempre que el agente es autorizado por el principal a suscribir, modificar o cancelar contratos con terceros en su nombre. Cada uno de los sujetos de una relación de agencia tiene sus propios intereses y ambos son maximizadores de utilidad.

El problema del principal, como apuntó por primera vez Ross (1973), es ver si existe algún sistema de recompensas para el agente (manager o gerente) que produzca una solución Pareto-eficiente para cualquier par de funciones de utilidad del agente y el principal.

Jensen y Meckling (1976) agrupan los costos asociados a una relación de agencia en tres capítulos:

1) costos en que incurre el principal para regular la conducta del agente, con la finalidad de que las divergencias entre lo realizado por el agente y lo deseado o simplemente de él esperado sean las menores posibles (costes de control);

2) costos en que incurre el agente para garantizar al principal que en su actuación no va a desviarse de lo acordado (costes de fianza);

3) la pérdida que al principal puede causarle el agente al tomar decisiones que él no tomaría si estuviera en su lugar (pérdida residual). La teoría de la agencia es una ramificación o epígono de la economía de los costos de transacción y el enfoque contractual; la relación principal-agente es una relación contractual; los costos de agencia son también, en buena medida, costos de transacción. Dos enfoques complementarios que se desarrollaron, sin embargo, de manera independiente.

Para Alchian y Demsetz (1972) y Jensen y Meckling (1976) la empresa es una ficción legal que sirve de nexo para un conjunto de relaciones contractuales entre individuos; un

conjunto de contratos entre los propietarios de los factores de la producción. Relaciones del tipo principal-agente son las que se dan hoy día con mayor profusión en todas las organizaciones económicas. Relaciones de este tipo se dan también en el propio mercado.

La mayor parte de las relaciones de colaboración interempresarial, de una empresa principal con sus suministradores, sus distribuidores o sus subcontratistas, son relaciones del tipo principal-agente. Relaciones de colaboración que suelen basarse en la confianza mutua sin que exista ningún tipo de contrato formal por medio. En la teoría clásica o neoclásica el agente que representa la empresa es el empresario, el cual realiza las funciones propias de su condición de empresario y aporta capital-riesgo. En la gran empresa moderna el control está en manos de gerentes profesionales, que en su mayor parte ni siquiera son accionistas. Según el enfoque de los derechos de propiedad y la teoría de la agencia, dentro del concepto de empresa se incluyen no sólo las relaciones contractuales entre los accionistas (partícipe residual), los directivos y los trabajadores, sino también, entre otras, las relaciones con proveedores, clientes y acreedores, y de ahí que las lindes entre la empresa y el mercado resulten borrosas.

Tampoco se puede hablar, según este nuevo enfoque, de un objetivo general de la empresa, sino de los objetivos de los individuos y grupos de individuos que forman parte de la coalición, y de los conflictos que surgen entre los distintos partícipes al procurar alcanzar cada uno de ellos su propio objetivo”

La relación de agencia implica siempre la existencia del problema ético y el conflicto de intereses, ya que existe la posibilidad de que el agente (funcionario público, director de empresas, profesional, el mandatario) busque objetivos personales en detrimento de los intereses del principal (el ciudadano, el accionista, el cliente, el mandante), y el problema se encuentra en mayor o menor medida en cualquier forma de contrato.

En (4) definen que:

"Existe conflicto de intereses para un determinado manuscrito cuando un participante en el proceso de arbitraje y publicación (autor, árbitro y editor) tiene vínculos con actividades que inadecuadamente podrían influir su juicio, afecte o no afecte de hecho al juicio.

Las relaciones financieras con la industria (por ejemplo: empleo, consultorías, tenencia de acciones, honorarios, testimonio experto) ya sean directas o a través de la familia inmediata, se consideran usualmente los más importantes conflictos de intereses.

Sin embargo, los conflictos pueden ocurrir por otras razones, tales como relaciones personales, competencia académica y pasión intelectual" (International Committee of Medical Journal Editors. Uniform Requirements for Manuscripts Submitted to Biomedical Journals. Updated October 2001. [www.icmje.org](http://www.icmje.org); 3-1- 03. Ver Publication Ethics (referencia 13).

Indican además, que “Los conflictos de intereses (intereses en competencia o intereses contrapuestos), son inevitables. Están implícitos en la naturaleza humana el intercambio, la

rivalidad, la competencia por el poder, el reconocimiento de los colegas, el público y los medios de comunicación. Afectan a autores, revisores, redactores...

No podemos erradicarlos, sería contra natura. Se trata de hacer conocer las relaciones que pueden influir o ser percibidas como influencias, aun inadvertidas, en nuestro juicio profesional. Como la participación de las compañías biomédicas en la investigación y desarrollo de nuevos productos es cada vez mayor, y no pueden probar todos sin la colaboración de instituciones públicas y privada.”

Nattero, Patricio (5) indica que:

“Existen diversas definiciones sobre el tema que provienen de distintas fuentes.

La Oficina Anticorrupción ha recurrido en reiteradas oportunidades en sus resoluciones a la siguiente cita doctrinaria: “(...) los conflictos de intereses serían (...) las prohibiciones establecidas por la administración para salvaguardar el principio de moralidad administrativa, o evitar que el interés particular afecte la realización del fin público a la que debe estar destinada la actividad del personal de Estado” (conf. Máximo Zin, Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Ed. Depalma, 1986, pág. 8)” (conf. Resolución OA/DPPT N° 38- 14/09/00- Expte. N° 125.028).

Otra definición en esta línea es la que brinda el autor español Pablo García Mexía, para quien conflicto de intereses es “aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie.” (conf. Pablo García Mexía, “Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea”, Colección Divulgación Jurídica, Ed. Aranzadi, Elcano, Navarra, 2001, pág. 97)”.

Los conceptos antes indicados se relacionan directamente con la idea de que los ciudadanos en un sistema democrático republicano esperan de los funcionarios y empleados públicos que actúen de manera imparcial cuando toman sus decisiones.

Para tomar tales decisiones no deben apartarse de principios tales como la equidad y la imparcialidad, retores en esta materia en un Estado de Derecho, los que constituyen barreras frente a las decisiones arbitrarias y discrecionales que tales funcionarios pudiesen tomar.

El objetivo es que no prevalezca el interés personal del funcionario o de un tercero vinculado con él por sobre el interés público.

A la vista de todo ello, bien podrían conformar un concepto de conflicto de intereses:

- Primero, un elemento subjetivo necesario: al menos un cargo o funcionario público; y un elemento objetivo contingente: un tercero particular.

- Segundo, un elemento prescriptivo, encarnado en el deber de servicio al interés general que acompaña a todo cargo o funcionario.
- Tercero, un elemento material, constituido por el riesgo o –de acuerdo con la jerga penalística– “peligro abstracto” de que merced al abuso de poder, el interés general quede subordinado a intereses particulares, “riesgo” que en sí mismo supone un quebranto al interés general.
- Cuarto, un elemento causal, representado por un ánimo de provecho privado, consistente en el lucro (pecuniario o de especie) (conf. Pablo García Mexía, ob. cit., pág. 82)”.

En la Resolución 1480/2011, del Ministerio de Salud Pública de la Nación en el punto Conflicto de Intereses, se determina que:

“El deber primario de toda persona que planifica, patrocina, conduce o comunica una investigación en salud humana es respetar la dignidad, los derechos, los valores, los intereses, el bienestar y la integridad física y mental de los individuos que participan en ella, por encima de cualquier interés financiero, científico, social o de otro tipo.

Definición: Se considera un conflicto o competencia de intereses en la investigación cuando el juicio profesional relacionado con un interés o deber primario del investigador, tales como el bienestar de los participantes o la validez de la investigación, puede ser influido por un interés secundario, por ejemplo, la obtención de fondos o el reconocimiento profesional. El interés de proteger a los participantes y obtener un conocimiento válido debe siempre prevalecer sobre cualquier otro interés.

En muchos casos puede ser realmente difícil determinar cuándo hay un verdadero conflicto de intereses debido a que el interés que compite no es siempre financiero y puede estar solapado.

Los CEI deben prestar atención al riesgo de conflicto de intereses y no aprobar propuestas en las que haya evidencia de que el juicio profesional de los investigadores pueda ser afectado por una incompatibilidad de intereses.

Un caso particular son los posibles conflictos de intereses financieros, académicos o políticos dentro de la institución a la que pertenece el investigador. Por esta razón, un CEI institucional deberá incorporar miembros imparciales y externos a la institución para ayudar al manejo de una situación de estas características.

Declaración de conflictos de intereses. La honradez, la transparencia y la imparcialidad son fundamentales para formular, conducir, interpretar y comunicar los resultados de los estudios. Los investigadores deberán revelar al CEI y a los potenciales participantes de la investigación sus fuentes de financiación y los posibles conflictos de intereses, particularmente en el caso en que un patrocinador comercial o de otro tipo prevé usar los resultados de la investigación para el registro o la promoción de un producto o servicio.

Estudios patrocinados internacionalmente. Los estudios patrocinados internacionalmente son aquéllos realizados en un país anfitrión pero iniciados, financiados y, a veces, conducidos por una entidad extranjera o internacional con colaboración o conformidad de la autoridad local. En estos casos, podría haber un conflicto entre los intereses del país o entidad patrocinadora y los de la comunidad local, razón por la cual se deben cumplir los siguientes requisitos éticos:

- (a) los proyectos deberán ser sometidos a evaluación ética tanto en el país patrocinador como en el país anfitrión;
- (b) el CEI del país anfitrión debe asegurarse que el proyecto cumple sus exigencias éticas; y
- (c) los investigadores deben cumplir las reglas éticas del país patrocinador y las del anfitrión.

El comité del país patrocinador u organización internacional tienen la responsabilidad especial de determinar si existe una justificación para realizar el estudio en el país anfitrión en lugar de efectuarla en el país patrocinador y si el proyecto concuerda con los estándares éticos del país patrocinador u organización internacional.

El comité del país anfitrión tiene la responsabilidad especial de determinar si los objetivos de la investigación responden a los propios requisitos éticos y a las necesidades y prioridades de salud locales. También debe asegurarse que la propuesta de realizar la investigación en el país anfitrión en lugar del país patrocinador no obedece a un impedimento ético en este último y, si ese fuera el caso, la propuesta no deberá aceptarse.”

## **POLITICA DE GESTION DE CONFLICTOS DE INTERESES**

Los Conflictos de Intereses, no podemos eliminarlos, pero sí tenerlos controlados, en la medida de lo posible, ya que surgen en Instituciones y Organismos públicos y privados, y por parte de profesionales, y personas de distintas áreas (mandatarios, gerentes, directores de empresas, contadores, abogados, médicos, etc.).

Una manera de controlarlos es a través del desarrollo dentro de las organización de normas y regulaciones para la Gestión de Conflictos de Intereses, que formen parte de una Política de Gestión de Conflictos de Intereses, ya que las empresas y organismos, privados y estatales, pueden ver afectado su funcionamiento, si parte de su personal, no importando el nivel de que se trate, no puede cumplir sus deberes como funcionario o empleado, porque sus intereses individuales colisionan con la actividad que debe desarrollar, con las funciones a cumplir en dicho ente.

Lo primero que se debe identificar a través de la Política de Gestión de Conflictos de Intereses, es:

Como detectar un Conflicto de Intereses, y

El procedimiento que se deberá seguir una vez manifestado el mismo.

Ya sea que la persona que se encuentra en conflicto, haya notificado del mismo, o que se hubiera descubierto, por procedimientos de rutina de la organización, de manera tal, que no impliquen un riesgo para la organización, ente, contribuyentes individuales de impuestos, personas físicas, etc.

Se pueden dar situaciones que impliquen ganancias para los empleados (ejemplo de comprador de una organización (privada o estatal) que elige como proveedor a una empresa de la que forma parte o de la que recibe beneficios),

o

Pérdidas para la empresa, (en el caso de que el empleado esté desarrollando una actividad similar (por sí, o por medio de testaferros) y derive clientes de la organización a la suya, u obtenga datos de proveedores, productos, informes confidenciales que perjudiquen a la organización) que son necesarias evitar rápidamente.

#### **Incumbirá a la Política de Gestión de Conflictos de Intereses:**

1. Notificar efectivamente a todo el personal, propio o contratado, que forme parte de la organización, de la misma, de manera tal, que no puedan aducir desconocimiento de las pautas de trabajo y colaboración.
2. Identificar claramente las circunstancias que puedan significar un Conflicto de Intereses, evaluar el grado de conflicto y las implicancias económicas, sociales, etc., para la organización.
3. Determinar el tipo de riesgos inherentes a cada Conflicto de Intereses, teniendo en cuenta que el Personal de Control y Directivo, debería mantener actualizada una declaración jurada en la que consten las relaciones familiares, económicas, o de cualquier otra naturaleza que pueda comprometer su actuación dentro de la organización.
4. Determinar las áreas de negocio de cada organización especialmente sensibles a los conflictos de intereses, y controlar las mismas en forma periódica.
5. Desarrollar normas de procedimiento y medidas de prevención respecto a los Conflictos de Intereses, como ser las siguientes:
  - a. Establecer un Reglamento Interno de Conducta, con determinaciones de principios, deberes y prohibiciones inherentes al personal empleado en la organización directo o a través de contratos, respecto a la confidencialidad de la información de la que son responsables y a la que tienen acceso, y la no realización de actividades paralelas, que puedan entrar en pugna con las realizadas por la organización, o en su puesto de trabajo.

- b. Separar las distintas áreas de la organización, y mantener el acceso de la información de la misma delimitada a las funciones relativas a cada área de trabajo y dentro de éstas según el grado de actividad desarrollada por cada empleado en la firma.
  - c. La delimitación de las distintas áreas, debería ser tanto física (dependiendo del tipo de organización de que se trate y de su tamaño y envergadura), como informática, que impongan barreras para que no fluya y se pueda intercambiar la información y que se cuenten con claves de acceso para documentación, bases de datos, programas, correos electrónicos, etc..
  - d. Los permisos de ingreso, claves personales, autorizaciones, etc. deben ser gestionadas a través del personal competente y quedar debidamente registradas.
6. Si la normas de procedimiento y medidas de prevención no garantizan el grado de independencia necesario para los empleados y directivos de la organización y surja un conflicto de intereses, la resolución del mismo estará a cargo del responsable del área afectada, y para el caso de verse involucradas varias áreas, el jefe jerárquico superior de todas las áreas comprendidas en la cuestión.
7. Se llevará un registro detallado de todos los Conflictos de Intereses que se hayan suscitado en la organización, y la manera de resolverlos.
8. Para el caso de ser necesario, se iniciarán las demandas legales correspondientes, y se separará al personal involucrado, cumpliendo en todos los casos con las legislaciones vigentes.