



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCION DE MAYO



Ref. 924-F-05179 Nota periodística Diario Los Andes "Un funcionario provincial está vinculado con negocios privados".

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS**

S

/

D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado las actuaciones de referencia, en las cuales se solicita dictamen legal en relación a la presunta situación de incompatibilidad en que se podría encontrar el Sr. Director de Petróleo, Ing. Daniel Cibeira, conforme plataforma fáctica del presente expediente.

En tal sentido, se observan agregadas a fs. 1, 3/6 notas aparecidas en el Diario Los Andes On Line (del 13/07/2010) en virtud de las cuales se inicia el procedimiento investigativo, al haberse comprobado (según informe de fs. 55) que la Sra. esposa del mencionado funcionario es socia y directora de una persona jurídica cuyo objeto social comprende, entre otros, la realización de diversas actividades vinculadas al ramo minero e hidrocarburífero (ver art. TERCERO del Acta Notarial de fecha 10/02/2010 obrante a fs. 27/35).

Así las cosas, y en atención al tenor del dictamen solicitado se dará tratamiento a los cuestionamientos efectuados en relación al Sr. Director de Petróleo Ing. Daniel Cibeira, a los efectos requeridos por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a fs. 55.

1. Los regímenes de incompatibilidades tienen, en nuestra provincia, su fuente constitucional en el art. 13 de la Constitución Provincial, en cuanto expresa: *"Nadie podrá acumular dos o más empleos o funciones públicas rentados, aún cuando el uno fuera provincial y el otro nacional. En cuanto a los gratuitos, profesionales o técnicos, los de profesorado y comisiones eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles"*. En ese marco se han dispuesto a través de diferentes normas legales, un disperso y complejo

sistema de incompatibilidades y/o inhabilidades (siguiendo el criterio de Manuel María Diez), a saber: Decreto ley N°560/73-art. 14; ley 2949 art. 8, Ley 2960, art. 28, Decreto Ley N°3282/75, arts. 1 a 13, ley N°3457, art. 1, Ley N°3489, art. 10°Ley N°3710, art. 7°, Ley N°3794 arts. 52, 53, 54, 55, 56, 57, 68, 69; Ley 3848, art. 8 Ley 3877 art. 1°; Ley 4159, art. 1a 8; Ley 4872, 4873, 4874, 4875, 4876, Ley 5126 art. 60, Ley 5411, 5458, 5511, 5558, 5611, 5618; Ley 24.241 arts. 13 inc. c) 3; 34 inc 4 y 6; Ley 6109, arts. 45 y 46; Ley 6237, art. 31; Ley 6454, 35 inc. e), f) y 47; Ley 6554, art. 39, 40 y 41.), Ley N° 6929, Ley N°6951 (creando el registro de incompatibilidades, aun sin reglamentar), Ley N°6980, art. 8 de la Ley N°7826, art. 26 de la Ley N°4416, art. 8 del Decreto N°803/53 (BO 11/03/53)) reglamentario del cuerpo de Abogados del Estado y 26 inc. 13 (texto según Ley N°5103), 27, 28 y 29 de la Ley 4976 (de Colegiación Obligatoria y ejercicio profesional de abogados y procuradores), art. 7 inc. e) del Decreto Acuerdo N°1435/93. A ello debe sumarse la existencia de inhabilidades establecidas en el C. Civil , pudiendo citarse al efecto las previstas en los arts. 985 y 1361 incs. 5, 6 y 7.

2. Entrando específicamente al concepto y naturaleza del término "incompatibilidad", podemos decir que para Miguel S. Marienhoff, debe 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 consideradas inconciliables con éste** -la negrita me pertenece- (conf. Marienhoff, Miguel S., "Derecho Administrativo", TIII B, Bs. As., 1994, Abeledo Perrot, pp. 248.

Abarca así en forma general lo que Manuel María-Diez diferencia, bajo los conceptos de "incompatibilidad" (primer supuesto) e "inhabilidad" (segundo supuesto). En efecto, este autor entiende que las "incompatibilidades" se refieren a la acumulación de distintos cargos, sean éstos todos de naturaleza pública o algunos de naturaleza privada, y la "inhabilitación" comporta una prohibición que sufre todo funcionario de tener en el ejercicio de su cargo y en relación con su servicio intereses que compromete su independencia" (conf. Manuel María Diez, "Derecho Administrativo", Bs. As., 1967, T III, pp. 418), respondiendo estas últimas esencialmente a cuestiones de "moralidad" administrativa (ver "Notas sobre la



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCION DE MAYO



regulación del empleo público en la constitución de la provincia de Mendoza”, de César Mosso Giannini, en obra colectiva “Estudios de Derecho Administrativo”, N°VII, IEDA, Bs. As.2002, pp. 165).

Desde el punto de vista general, las “incompatibilidades” (comprensivas de las “inhabilidades” o de estas como generadoras de ellas –ver Marienhoff, Miguel S., ob. cit. pp. 249) han sido fundadas básicamente, en la necesidad de establecer en medio jurídico que permita evitar abusos, lograr que el agente público dedique su actividad con carácter exclusivo para obtener la mayor eficiencia, obtener una ordenación del mercado del trabajo **e impedir que el agente público ejerza, concomitante con su cargo o empleo en la administración, alguna actividad cuya índole no condiga con la función pública** –la negrita me pertenece- (ver en este sentido, Marienhoff, Miguel S. en “Tratado de Derecho Administrativo”, T III B, Año1994, Bs. As., Abeledo Perrot, pp. 250/251), postura también sostenida por otros autores, en tanto entienden, en términos generales, que el régimen de incompatibilidades procura evitar abusos, disponer con exclusividad de los servicios de los agentes, lograr mayor eficacia técnica y resguardar los principios éticos de la administración de la cosa pública (*conf.*, Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, Cdad. Argentina, 2009, pp. 578).

La mayor parte de la doctrina entiende que las normas de incompatibilidades deben interpretarse “con un criterio amplio”, y dada la “ratio iuris” de la misma (que es en definitiva tender a la mejor atención y satisfacción del interés público –*conf.* Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, T 2, pp. 155, n°300; Villegas Basavilbaso, “Derecho Administrativo”, T 3, pp. 459) ello es procedente cuando existe una “duda razonable, ya que si ella no existiere, la interpretación “extensiva” cede y la incompatibilidad debe ser rechazada (Marienhoff., Miguel S. en ob. cit. pp. 259).

Conforme entiende parte de la doctrina, las incompatibilidades pueden tener carácter absoluto o relativo, ser expresas o virtuales. Las absolutas importan una prohibición de carácter general (no puede ejercerse sin excepción otra actividad, profesión o empleo simultáneamente con el cargo

público de que se trate). Las relativas pueden en principio, permitir el desempeño de la función pública y de otra actividad, pero siempre que ésta no ocasione perjuicios a la actividad administrativa que cumpla el agente, haciendo incompatible el ejercicio de ambos empleos. Las expresas son las establecidas de ese modo por las respectivas normas. Las virtuales son las que pueden o no existir según la valoración que se haga de cada caso, en razón vg., de la naturaleza de los servicios o del tiempo de prestación (*conf. Dromi Roberto, "Derecho Administrativo", Cdad. Argentina, 2009, Bs. As., pp. 578/79*), estando sujeta a examen previo a fin de decidir su existencia o inexistencia (*conf. Manuel María Diez, ob. cit., pp. 418*).

Según éste lineamiento nuestra normativa constitucional establece determinadas incompatibilidades constitucionales (también denominadas, políticas, vg. arts. 114, último párrafo, art. 73 y art. 169) y diversas incompatibilidades absolutas y relativas en el ámbito administrativo, expresas y según la casuística podrá constatarse en supuestos concretos la existencia de incompatibilidades virtuales.

3. Efectuadas estas breves pero necesarias referencias a la conceptualización del término "incompatibilidad" (comprensivo en este dictamen, del término "inhabilidad"), corresponde analizar ahora el caso traído a dictamen, para determinar en primer lugar cual es el régimen aplicable y confrontarlo con el caso concreto motivo de la denuncia pública. Así las cosas, en relación al primero de los aspectos, podemos afirmar que el presente análisis deberá realizarse en el marco de las previsiones que sobre "incompatibilidades" surge del Decreto N°560/73 y mod. ("inhabilidades" en la terminología de Manuel María Diez, según lo expresado precedentemente), al no existir imputación específica de que el funcionario cuestionado ejerza dos o más cargos (públicos y /o privados) que lo incompatibilicen, o puedan hacer procedente analizar la cuestión a la luz de la genérica prohibición del art. 13 de la Constitución Provincial o normativa administrativa reglamentaria, sino que el mismo versa sobre cuestiones éticas derivadas del eventual relacionamiento entre la sociedad representada por la cónyuge del mismo y la entidad de la cual es Director el Sr. Cibeira (Dirección de Petróleo).

4. En este marco, es dable destacar que, ostentando el Sr. Cibeira un cargo de los denominados "fuera de nivel", se plantea la cuestión referida a si la normativa traída al procedimiento (art. 14 y cctes. del Decreto Ley N°560/73)

le es aplicable, a tenor de la expresa exclusión que el mismo instrumento efectúa en su art. 2 inc. b). En este sentido, si bien es uno de los funcionarios excluidos del Régimen del Empleo Público conforme el artículo reseñado del Decreto Ley N°560/73 mod. por art. 2 de la Ley N°320) –que expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los “Directores”-, no torna inaplicable las normas que sobre la materia (incompatibilidad) el mismo contiene, habida cuenta de que ello importa básicamente una exclusión del derecho a la estabilidad, pero no de los principios o normas allí establecidos y en tanto los mismos no resulten incompatibles con su situación de revista o la índole del cargo que desempeña. En especial, entiendo, le resultarán aplicables las previsiones que sobre prohibiciones o inhabilidades posee previstas expresamente el mismo y a la luz de las cuales, entiendo, debe resolverse la consulta efectuada por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Así lo ha entendido (y es compartido por éste Organo de Control) la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza al expresar: *“La prohibición o inhabilidad contenida en el inc. c) del art. 14 del Dec. Ley N°560/73, tiene un evidente fundamento ético y constituye en verdadero principio general ...La circunstancia de que , tanto en el estatuto general (Decreto Ley N560/73) como el Estatuto Escalafón Municipal (Ley N° 5892) existan funcionarios exceptuados de sus alcances, tal como lo ha dicho esta Asesoría y lo reconoce la doctrina (cfr. Emili Eduardo, “Los estatutos de los agentes del estado”, en obra colectiva “Nociones de derecho administrativo”, Mendoza, 199, pp 171 y 172), no importa sino, fundamentalmente, una exclusión del derecho a la estabilidad. No de los principios o normas allí contenidos y que no resulten incompatibles con su situación de revista o la índole de los cargos que desempeñan”*(Asesoría de Gobierno, Dictamen N°60/96, Expte. N°65-F-95). Resultaría ilógico enrolarse en la postura contraria, ya que no sería posible entender que los agentes públicos de inferior jerarquía están sometidos a las mencionadas obligaciones y prohibiciones, y que los de mayor jerarquía, en el marco de la interpretación literal y descontextualizada del art. 2 del Decreto N°560/73 y mod., no se someten a ninguno de los parámetros establecidos en

el mismo al efecto y que poseen evidente función moralizadora de la administración, cuando por el contrario, el mayor poder y responsabilidad que los mismos ostentan dentro de la organización administrativa maximiza el fundamento de su aplicación en virtud de la posibilidad de que en torno a los mismos justifique mayor necesidad de verificar el cumplimiento de las razones que motivan el establecimiento del régimen de incompatibilidades (exclusividad, eficiencia, moralidad, etc.).

5. Ahora bien, habiendo determinado la aplicabilidad del mencionado estatuto en relación a las incompatibilidades (o inhabilidades) del funcionario que motiva las actuaciones, así como la fundamentación de su aplicación estricta, es dable destacar que de la lectura que se efectúa en relación al art. 14 del Decreto Ley N°560/73, no surge que la situación sometida a análisis (el hecho de que la esposa forme parte de una entidad privada con objeto comprensivo de actividades relativas a la minería e hidrocarburos) inhabilite al mencionado funcionario, en el marco de las precisiones efectuadas precedentemente. En efecto, de las prohibiciones especificadas en el mencionado artículo, entiendo que sólo es procedente analizar las previstas en los incisos b), c) y d), que pueden requerir algún análisis interpretativo por su relación con el caso concreto, ya que las restantes están evidentemente desvinculadas desde el punto de vista objetivo, de identificarse con la situación que motiva las presentes actuaciones. El mencionado artículo, expresamente prevé que queda prohibido al personal:

5.1. (Inciso b) "Dirigir, administrar, asesorar, patrocinar y representar a personas físicas o jurídicas o integrar sociedades que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración en el orden Nacional, Provincial o Municipal o que sean proveedoras o contratistas de la misma". En el presente supuesto, no ostenta el denunciado el carácter de representante a la entidad societaria ni existen acreditados los extremos requeridos en la norma (gestión o explotación de concesiones o privilegios o ser proveedor o contratistas de la administración en cualquiera de sus niveles). Por el contrario, del informe emanando de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas surge expresamente que la empresa "no tienen movimiento tributario", lo que descarta cualquier posibilidad de que se materialice la casuística prevista por la norma;



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCION DE MAYO



5.2. (Inciso c) "Recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones, franquicias o adjudicaciones, celebrados u otorgados por la Administración, en el orden Nacional, Provincial o Municipal; contrataciones o convenios por los cuales el Estado Provincial directa o indirectamente, total o parcialmente deba sumir sus costos" (mod. por Ley N°6372 de 1996). Al igual que lo expresado en el punto precedente, puede decirse que de la simple compulsa de autos se observa que no se ha denunciado la existencia de ningún tipo de vinculación contractual o similar de las enunciadas en el inciso reseñado, que permitan determinar que se están generando los beneficios (en forma directa o indirecta) a favor del mismo, a lo que debe sumarse la inactividad de la entidad como nuevamente como causal de exclusión. Es decir que no surge ni se informa que el mencionado funcionario, recibe, directa o indirectamente, beneficios originados en contratos, franquicias, concesiones o adjudicaciones, otorgados por el estado nacional, provincial o municipal, ni derivados de contrataciones o convenios por los cuales el estado deba asumir los costos. Ello en tanto no se ha acreditado en las presentes actuaciones que la sociedad integrada por la cónyuge esté vinculada contractualmente con alguno de los niveles estatales señalados, o que mantenga vinculaciones con la administración por las cuales esta asuma el costo de la operación de la sociedad. Por el contrario, según expresa información vertida a fs. 55 la entidad "no registra movimiento tributario en la provincia";

5.3. (inciso c) "Mantener vinculaciones que le representen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por la dependencia en la que preste servicios". Tampoco resultaría aplicable esta prohibición, toda vez que existe Informe a fs. 11 en el cual se determina expresamente que la entidad societaria no es susceptible de ser fiscalizada por la Dirección de Petróleo. A mayor abundamiento, debe agregarse que el funcionario en cuestión no mantiene en forma personal

este tipo de vinculaciones u obligaciones, ni está acreditado (ni se le ha imputado) la obtención de beneficios o existencia de obligaciones a su cargo con respecto a la entidad que eventualmente pueda estar bajo su fiscalización, destacando nuevamente que ello resultaría imposible de materializar atento al hecho de que la entidad no registra movimiento en sus actividades, lo que torna imposible la "obtención de beneficios".

6. Finalmente, entiendo que es necesario desatacar que, lo expresado en los puntos precedentes, respecto de la inexistencia de causales que justifiquen la materialización de un "incompatibilidad" y/o "inhabilidad" prevista por el ordenamiento jurídico, en especial, en el marco de las previsiones del art. 14 del Decreto N°560/73 y mod, no me inhibe de aclarar, que el mencionado funcionario deberá necesariamente, excusarse de participar en toda gestión y/o trámite administrativo concreto que sea desarrollado por la sociedad en la cual su cónyuge forma parte y que eventualmente pueda gestionarse en materias dentro del ámbito de sus competencias. Si bien a fs. 11 rola informe de A éste respecto, cabe destacar que el artículo 985 del C.Civil, contiene una norma expresa que regla lo concerniente a la incapacidad relativa, inhabilidad, **incompatibilidad** o incompetencia, en razón de las personas, del oficial público. Este artículo dispone: "*Son de ningún valor los actos autorizados por un **funcionario** público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido*". Trata así de mantener la imparcialidad del **funcionario** público a fin de evitar que, llevado por sus afectos, pierda ecuanimidad en beneficio de alguna de las partes. Si bien la inhabilidad, que trata el artículo 985, sólo obsta a la función del oficial público respecto de las personas referidas, cuando los parientes actúan por sus propios derechos, y no cuando lo hacen en representación de los intereses de terceros; lo que ocurriría si, por ejemplo, actúan como apoderados de otra persona en el otorgamiento del acto, o como representantes de una sociedad anónima u otra persona jurídica que podría ser el supuesto presente) entiendo que no pueden obviarse la vigencia de las prescripciones que las normas administrativas provinciales (emitidas en el marco de la previsión del art. 5, 121 y 123 de la C.N) han impuesto en la materia y resultan precisas y más restrictivas.



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO



En efecto, en virtud de la prescripción del arts. 13 inc. l) y 14 inc. f) del Decreto Ley N°560/73 y conforme causales y procedimientos establecidos en el art. 116 de la Ley 3909 que resultaría aplicable, el funcionario deberá necesariamente "excusarse" de participar en cualquier procedimiento sometido a su consideración, en el cual tenga facultad de asesoramiento o decisión y esté directa o indirectamente involucrada la sociedad "G.3 Mendoza Oil S.A.", destacando incluso que el mencionado cuerpo normativo ha utilizado expresamente los términos "funcionario o empleado" con el objeto de disipar cualquier duda sobre el ámbito de aplicación personal de la norma, a tenor de la diferenciación que se suscita a veces entre ambos términos (vg. Ley N°19.549, en su art. 6) -conf. Sarmiento García, "Ley de Procedimientos Administrativos Comentada y Concordada", 1979, Augustus, pp174).

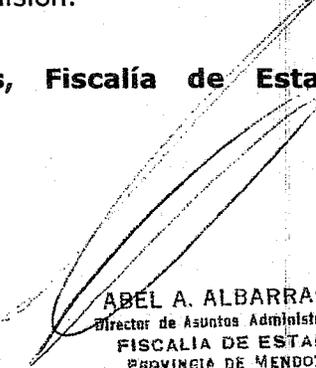
7. En definitiva, en virtud de lo expuesto, esta Dirección de Asuntos Administrativos en cumplimiento del requerimiento efectuado por el Sr. Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas, concluye:
 - 7.1. Atento a la situación fáctica traída a dictamen y constancias del expediente sometido a análisis, no estaría incurso el Sr. Director de Petróleo en ninguna de las causales de "incompatibilidad" previstas por el ordenamiento constitucional, legal o reglamentario, en especial, en el marco del régimen de "inhabilidad", previsto por el art. 14 del Decreto Ley N°560/73 y mod. (que le resulta aplicable conforme la doctrina sentada por la Asesoría de Gobierno) no observándose desde este punto de vista y en el caso concreto, que quede inmerso en ninguna de las causales que le mencionado instrumento legal prevé ni que en términos generales, exista colisión con la "ratio iuris" de las incompatibilidades que motivan el establecimiento del mencionado régimen conforme la doctrina reseñada ut., supra y según los fundamentos vertidos, ni "duda razonable" que justifique realizar interpretaciones extensivas.

7.2. Sin perjuicio de lo expresado, en caso de producirse hechos concretos que subsuman la actividad de la sociedad en el marco del control, gestión o fiscalización de la Dirección de Petróleo (lo que según el informe de fs. 11, no sería "prima facie", factible), el mencionado funcionario deberá EXCUSARSE de participar, conforme las prescripciones de los arts. 13 inc. l) y 14 inc. f) del Decreto Ley Nº560/73 y mod. y art. 116 de la Ley 3909.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

**Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado,
27/09/10.
Dict. 1267/10**

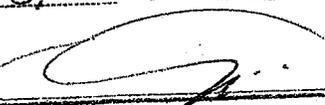
Mendoza, 27/09/10.


ABEL A. ALBARRACÍN
Director de Asuntos Administrativos
FISCALIA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

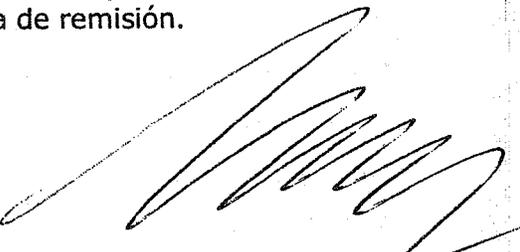


FISCALIA DE ESTADO
MENDOZA

Compartiendo el suscripto el Dictamen Nº 1267/10 que antecede, producido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento del Sr. Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas a los efectos de valorar el mismo en el marco de las conclusiones a emitirse según lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 4418, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

FISCALIA DE ESTADO	
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS	
SALIO	Fecno: 5-10-2010
Hora: 8:30	folios: 60
Tramitó: 	


CRISTINA G. ARENAS
JEFA DE DTO.
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
FISCALIA DE ESTADO


Dr. JOAQUÍN A. DE ROSAS
FISCAL DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA



FISCALIA DE ESTADO
MENDOZA