



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza



**Ref. OFICIO 3184-D-2014-03883 Y
ACUM. EXTE 1086-D-2013- MINISTERIO
DE TURISMO - AUDITAR APLICACIÓN
ADICIONAL INCENTIVO LEY N° 8430-
EJERCICIO 2013**

**AL SEÑOR
FISCAL DE ESTADO SUBROGANTE
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JAVIER A. RODRIGUEZ**
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 la Sra. Subsecretaria de Desarrollo Turístico del Ministerio de Turismo, Verónica Sottano, conforme plataforma fáctica del expediente N° **1086-D-2013- MINISTERIO DE TURISMO - AUDITAR APLICACIÓN ADICIONAL INCENTIVO LEY N° 8430-EJERCICIO 2013.-**

En tal sentido, se observa que la situación que genera el presente lo determina la Auditoría realizada por el H. Tribunal de Cuentas de la provincia en aquel Ministerio, con datos encontrados en la AFIP-DGI, donde la Sra. Subsecretaria en trato, aparte de la función pública que ejerce, tendría una relación laboral simultánea en el Hotel Internacional de la provincia.

Al efecto, la Directora de Asuntos Legales de dicho Ministerio, se expide argumentando al efecto, citando y transcribiendo normativa a fs. 09/11 en el Expte. 1086-D-2013, **CONCLUYENDO** que no se estaría frente a un caso de incompatibilidad que merezca observación por parte del H. Tribunal de Cuentas, por las consideraciones allí vertidas a las que me remito "brevitatis causae".

Así las cosas, y en atención al tenor del dictamen solicitado, se dará tratamiento a los cuestionamientos efectuados en

relación a la Sra Subsecretaria de Desarrollo Turístico, a los efectos requeridos por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a fs. 7 del Oficio referenciado en el encabezamiento.

Para ello transcribiremos lo dicho y sostenido por esta Dirección, en sus partes pertinentes entre comillas, en ocasión de tratar un problema similar al que aquí se analizan, y aplicarle al caso bajo exámen. El dictamen referenciado es el N. **1.267/10 de fecha 27/09/10.**

"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 Díez), 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



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

10

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 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, nº300; 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 Díez, 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".



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

"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 del presente. 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 Díez, 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 actividad desarrollada en la faz privada en Hotel Internacional por la Sra. Subsecretaria de Desarrollo Turístico, que no obstante no surge claro en la especie, si es una relación de dependencia o se desempeña como titular del establecimiento hotelero (ver dictamen de fs. 09 del expediente acumulado N. 1086-D-13), extremo que no es determinante en este estado y que surgirá de las actuaciones que en su consecuencia inicie la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y al efecto.

"4.En este marco, es dable destacar que, ostentando la Sra. Sottano un cargo de los denominados "fuera de nivel", se plantea la cuestión referida a si la normativa traída al procedimiento (art. 14 y ctes. 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 "Subsecretarios"-, 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 Organismo 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 Nº560/73, 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 Nº 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 Nº60/96, Expte. Nº65-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 Nº560/73 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.)".



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

12

"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", surgiría que la situación sometida a análisis inhabilitaría a la mencionada funcionaria, en el marco de las precisiones efectuadas precedentemente. En efecto, de las prohibiciones especificadas en el mencionado artículo, entiendo que es procedente analizar las previstas en los incisos b), 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" ;

5.2. (inciso d)) "Mantener vinculaciones que le representen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por la dependencia en la que preste servicios".

6. En definitiva, en virtud de lo expuesto, esta Dirección de Asuntos Administrativos en cumplimiento del requerimiento efectuado por la Sra. Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas, concluye que atento a la situación fáctica traída a dictamen y constancias del expediente sometido a análisis, podría estar incurso en 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) la Sra. Subsecretaria de Desarrollo Turístico.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

JAVIER A. ALBARRACIN
Director de Asuntos Administrativos
FISCALÍA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 30 de Julio de 2014.

Dict. 1067/10.JBSG

Compartiendo el suscripto el Dictamen N° 1267/10 que antecede, producido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento de la Sra. 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 N° 4.418, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 30 de Julio de 2014.

Dict. 1067/10

FISCALÍA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA
V.L.O. - FOLIO 07-08-14
HORA: 12:06
12

Dr. JAVIER A. ALBARRACIN
FISCAL DE ESTADO SUBORDINADO
(Ley 6716)
PROVINCIA DE MENDOZA