

.. de NOVIEMBRE 2012.-

## **DICTAMEN N° 30/12**

**Referencia:** Expte N° 31934/12 CONSULTA  
Nota N° 540/12 Municipalidad RIO MAYO.

### **SR. PRESIDENTE:**

Me remite Ud. los actuados de la referencia mediante los cuales tramita la consulta efectuada respecto de la condición de docente y la liquidación de sus haberes por parte del Sr. Presidente del Honorable Concejo Deliberante de dicha localidad conforme se planteara en la Nota N° 540/12 S.C.M.R.M. (fs 1).

Para el análisis de la cuestión traída a dictamen, habré de tener presente la Nota N° 204/2012 HCD (fs 2), con aclaración de recepción de fecha 14-10-12, correspondiente al Presidente de dicho cuerpo, Sr. Damián SAMBUESA, mediante la cual pone en conocimiento a la Secretaría de Hacienda que el día 13 de Agosto del mismo año ha "...**solicitado licencia a mi cargo de docente encuadrada en la Ley XVI-89 (modif. de art. 60 inciso 2 Ley XVI-46). Por lo tanto dejaré de percibir mi diete como presidente del Concejo Deliberante como lo venía haciendo, y me ajustaré a lo legislado en el art. 5° y 6° de la Ordenanza 1703/12...**".

Consecuencia de ello, sostiene, renuncia a todos los beneficios previsionales de orden remunerativo, dando lugar a una liquidación de Gastos de Representación con carácter **no remunerativo**, tal como se desprende del Dictamen del cual adjunta fotocopia (agregadas a fs.4/6).

### **I.- INCOMPATIBILIDAD**

#### **A.- Concepto**

Por Incompatibilidad debe entenderse como el mandato legal y objetivo que restringe a una persona la posibilidad de desempeñar más de un cargo o empleo público remunerado dentro de la jurisdicción y competencia de la Administración Provincial, Nacional y/o Municipal, con fundamento en el interés público, así como, además, el deber de no ejercer coetáneamente con el empleo, alguna actividad o profesión considerada inconciliables con éste.

Adoptar tal conceptualización supone reconocer que la incompatibilidad importa una prohibición legal explícita o implícitamente impuesta por una norma de orden público y de alcance general (que le otorgue carácter objetivo) pudiendo incluso acarrear una sanción.

Los caracteres así señalados diferencian a la incompatibilidad de otras figuras jurídicas con las que tiene similitudes, a saber:

- 1) Inhabilidad:** también referida como "Inhabilitación" es una prohibición que pesa sobre determinada persona para ejercer cargos públicos o realizar ciertas actividades, generalmente derivada de una sanción. A la vez refiere a cuestiones de orden ético o moral, generalmente subjetivas, que hacen a la honradez y neutralidad de todo agente público ante situaciones particulares que dejan traslucir conflictos de intereses contrapuestos y lo obligan a abstenerse de su resolución.

- 2) **Incapacidad:** la de derecho es entendida como la falta de aptitud para ser titular de determinada relación jurídica y la de hecho como la carencia de aptitud para ejercer por sí los derechos que se tienen. Esta falta de aptitud para el empleo puede ser relacionada con la “*Falta de Idoneidad*” en sentido amplio.

## **B.- Fundamentos**

Pueden señalarse varias razones como determinantes de la incompatibilidad:

- actuar como medio legal a efectos de eludir abusos en la distribución de los cargos, abuso que consistiría en darle varios cargos a la misma persona (pariente, amigo, cónyuge).
- la plena dedicación (con carácter *exclusivo*) del agente al desempeño de su labor, tendiendo a lograr su máxima eficiencia.
- evitar eventuales conflictos de intereses, con sustento en razones morales o legales

## **C.- Clasificación**

Las incompatibilidades pueden clasificarse atendiendo a distintas razones, a saber:

### **a.- según se encuentren o no previstas normativamente:**

- 1) **Expresas:** son las que derivan necesariamente del ordenamiento jurídico vigente, sea cual fuere el rango de la norma, y la incompatibilidad debe estar prevista y determinada explícitamente por el precepto. En esta categoría, atendiendo al rango normativo de la fuente, se puede distinguir entre incompatibilidades *constitucionales*, *legales* o *reglamentarias*.
- 2) **Virtuales (o “Implicitas”):** son las que no están contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico pero surge de él en forma implícita, siendo necesario para su determinación un previo y particular análisis de cada situación para verificar su real existencia (no pudiendo, por lo tanto, operar automáticamente sus efectos).

### **b.- según sus alcances:**

- 1) **Absolutas:** son las que, previstas en la norma, no dejan a la autoridad posibilidad alguna de exceptuarla o autorizarla. Integran esta categoría las incompatibilidades denominadas “*éticas*” y las “*horarias*” las que en NINGÚN caso pueden ser dispensadas por la Administración (a ambas me referiré más adelante). En estas incompatibilidades, la prohibición que de ellas resulta es GENERAL.
- 2) **Relativas:** se presentan cuando la acumulación de cargos o el ejercicio de determinada actividad no supone necesariamente la existencia de intereses contrapuestos entre el agente y los del Estado, pero su desempeño puede llegar a perjudicar o perturbar el cumplimiento de la función administrativa, pudiendo, en determinados casos, ser dispensadas mientras no se presente dicha situación.

**c.- las denominadas incompatibilidades “éticas”:** son las que resultan de la necesidad de apartar de la función a las personas que podrían suponerse afectadas en su imparcialidad u objetividad para el ejercicio del cargo pudiendo encontrarse explícitamente prevista por la norma o, por el contrario, tener un carácter “virtual”.

## **D.- Interpretación**

Sin perjuicio que el fundamento de la incompatibilidad (su "ratio iuris") es en definitiva tender a la mejor atención y satisfacción del interés público, no es difícil entender que las incompatibilidades fijadas por el ordenamiento sean compatibles con los derechos que el propio sistema jurídico otorga a los ciudadanos, como también que en caso de conflicto debe estarse a favor de la "compatibilidad", teniendo en cuenta que la libertad es la regla que viene desde el texto constitucional y las prohibiciones (limitaciones) deben interpretarse restrictivamente.

Podría pensarse que la jerarquización del interés público autorizaría una interpretación extensiva de las reglas de la incompatibilidad, sin embargo la afirmación debe tomarse con especial precaución por los peligros que puede encerrar, entendiendo que el criterio a emplear debiera considerar cuidadosamente que la reglamentación del requisito de la *idoneidad* corresponde a la ley formal, en tanto contracara de la garantía de acceso a los cargos públicos.

Por lo tanto no podría pretenderse aducir la existencia de una zona de reserva en el Poder Ejecutivo para crear incompatibilidades o interpretar extensivamente aquellas que el legislador ha fijado (por LEY), especialmente cuando ellas se contraponen con derechos reconocidos por las propias leyes a los ciudadanos.

No cabe duda que en el enfrentamiento entre el interés público y el privado se está obligado a privilegiar a aquél (público) pero no es menos cierto que el primer interés público, marcado por la propia Constitución Nacional, es el respeto de las garantías allí previstas y la exigencia de ley formal para su reglamentación.

## **II.- ENCUADRE NORMATIVO**

Diversos son los cuerpos normativos que tratan la cuestión (incompatibilidad) encontrándose numerosas disposiciones en cuestión:

### **A.- CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA**

**Artículo 67°.** "...Una misma persona no puede acumular dos o más empleos aunque uno sea provincial y el otro u otros nacionales o municipales, con excepción de los cargos docentes o de carácter técnico profesional, cuando la escasez de personal hace necesaria esta última acumulación. ... La caducidad es automática en el empleo o función de menor remuneración, quedando a salvo la facultad de opción del interesado..." (2° y 3° párrafos).

**Artículo 244°:** "...En los municipios es incompatible el cargo de jefe del departamento ejecutivo con todo otro cargo público, excepción hecha de los docentes.

Puede ejercer oficio, profesión, comercio o industria siempre que en sus actividades no contrate con el Municipio.

También es incompatible con el cargo de miembro electivo de los municipios:

- 1. Estar a sueldo o recibir retribución de empresas que contraten obras o suministros con los municipios o con cualquier otro organismo público que tenga relación con ellos.**
- 2. Ejercer otra función pública electiva, cualquiera sea su naturaleza.**
- 3. Tramitar o dirigir asuntos propios o de terceros ante los municipios, en los que pudieren estar comprendidos los intereses de estos últimos. ..."**

**B.- RÉGIMEN DISCIPLINARIO** (Ley I N° 74, antes Decreto Ley 1987, Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial)

**Artículo 2°:** “...Para el ingreso a la Administración Pública se requerirá: ... f) **No tener otro empleo nacional, provincial o municipal, salvo la docencia y siempre que no exista superposición horaria. ....**” (extremo que, conforme el Art. 2°, inc f., del Dto. 1330/81, reglamentario de la Ley, “...Se acreditará mediante *Declaración Jurada suscripta en formulario a tal efecto...*”).

**Artículo 44°:** “...Sin perjuicio de los deberes que particularmente impongan las leyes, decretos, resoluciones y disposiciones, los agentes deben cumplir, estricta e ineludiblemente con las siguientes obligaciones: a) Prestar servicio en forma regular y continua, dentro del horario general, especial o extraordinario, que de acuerdo con la naturaleza y necesidades de los mismos se determine, ... h) Declarar todas las actividades que desempeñe a fin de establecer si son compatibles con el ejercicio de su función. i) Encuadrarse en las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos. ...l) Excusarse de intervenir en todo aquello en que su actuación pueda originar presunciones de parcialidad. ...”

**Artículo 45°:**“...Está prohibido a todo agente: ... c) Ser directa o indirectamente proveedor o contratista habitual u ocasional de la Administración Provincial, o dependiente o asociado de los mismos; d) ... como así también mantener relación de dependencia con entes directamente fiscalizados por la repartición a que pertenezca;...”

#### **C.- RÉGIMEN DE CONTRATACIONES:** (Ley II N° 76, antes Ley 5447)

**Artículo 102°:** “...No podrán ser admitidos a contratar con la Administración Provincial: ... b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Provincial y las empresas en las cuales aquellos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social...”.

#### **D.- LEY DE ÉTICA PROVINCIAL** (Ley I N° 231, antes Ley 4816)

En el **Artículo 17°**, PROHIBICIONES, determina, en sus siete (7) incisos, diversas situaciones de incompatibilidad con el ejercicio de la función pública; en el **Artículo 18°**, DEBER DE EXCUSACIÓN, establece que los funcionarios deberán excusarse de intervenir en todo asunto en que por su actuación se puedan originar presunciones de interpretación y decisión parcial; en el **Artículo 19°**, INHIBICIÓN, establece que los funcionarios comprendidos en los alcances de la Ley (ver **Art. 16°**, Sujetos Comprendidos) no podrán ejercer como representantes, apoderados, gestores u otra función en tramitaciones directas o indirectas con el Estado Provincial o Municipal en su caso; y, finalmente, el **Artículo 21°** prescribe que el desempeño de función pública es incompatible con la realización de toda actividad o negocio vinculado con dicha función o del que pueda recibirse algún tipo de beneficio.

**Artículo 20°**, “...PROHIBICIÓN DE EMPLEOS SIMULTÁNEOS. Sin perjuicio de lo que dispongan otras normas aplicables, ninguna persona podrá desempeñarse en más de un empleo, cargo o función públicos remunerados, cualquiera sea su categoría o característica, dentro del ámbito de cualquier administración estatal provincial. Es incompatible el desempeño de cualquier cargo, empleo o función en el ámbito provincial con otros remunerados del ámbito nacional o municipal. La única excepción que se reconoce es el desempeño de la actividad docente, cuando no hubiere superposición horaria que afecte en forma sustancial el desempeño eficiente del cargo o función públicos.

A efectos de la presente norma, entiéndase por actividad docente, la destinada a impartir enseñanza a alumnos, en cualquiera de los niveles educativos...”.

**E.- RÉGIMEN MUNICIPAL** (Ley XVI N° 46, antes Ley 3098, Ley de Corporaciones Municipales).

**Artículo 18°:** “...No podrán ser miembros electivos de las Corporaciones Municipales:

- 1) Quienes no tengan capacidad para ser electores.
- 2) Quienes directa o indirectamente estén ligados con algún contrato en que sea parte la Corporación Municipal respectiva, sus empleados, socios o factores, como así sus parientes hasta segundo grado.
- 3) Los fiadores o garantes de personas que tengan contraídas obligaciones con la Corporación Municipal.
- 4) Quienes estén inhabilitados para el desempeño de cargos públicos.

**Artículo 20°:** “...En el Concejo Deliberante no se admitirán parientes dentro del segundo grado, entre si o con el Intendente, ...”.

**Artículo 22°:** “...Todo concejal que se encuentre posteriormente a la aprobación de su elección, en cualquiera de los casos previstos en los artículos anteriores deberá comunicarlo al cuerpo en las sesiones preparatorias o en cualquier momento si hay causas sobrevivientes, para que éste proceda a reemplazarlo. El Cuerpo a falta de comunicación del afectado, deberá declarar a éste cesante tan pronto como se demuestre su inhabilidad. ...”

**Artículo 70°:** “...Regirán para los Concejales, como sobrevivientes, las inhabilitaciones e incompatibilidades previstas en el Capítulo II.

Estas situaciones serán comunicadas al Concejo dentro de las veinticuatro (24) horas de producidas o al Intendente en caso de receso. ...” (aclaro que el Cap. II abarca los Arts. 8° al 28°, o sea comprende los arriba citados).

**Artículo 70° bis:** “...A los efectos del artículo anterior, expresamente se establece que el desempeño del cargo público de miembro electivo del Concejo Deliberante de una Corporación Municipal cualquier sea su categoría, es regulado por las Ordenanzas y/o leyes exclusivamente dictadas a tales fines, no siendo asimilable a una relación de empleo público a los efectos del segundo párrafo del artículo 67 de la Constitución Provincial, sin perjuicio de los regímenes legales y/o administrativos particulares y los de orden Nacional y Provincial. ...”

**Artículo 71°:** “...Ningún Concejal podrá ser nombrado para desempeñar empleo rentado dentro de la Corporación Municipal, ni podrá ser parte directa o indirecta de contrato alguno que resulte de una Ordenanza sancionada durante el período legal de su actuación. ...”

**Artículo 108°:** “...No podrán ser concesionarios, adjudicatarios ni otorgárseles permiso de ocupación ni propiedad de tierra fiscal municipal, a excepción de las adquisiciones mortis causa y a título oneroso en oferta pública a precio real, las siguientes personas: miembros integrantes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Provincia, de la Nación o de los Municipios, los Oficiales de las Fuerzas Armadas o de Seguridad y los funcionarios superiores dependientes de aquellos Poderes hasta transcurridos Cuatro (4) años del cese de sus funciones...”

(Aclaración: No hice mención a lo prescripto por el Artículo 60º, inciso 2.-, conforme su modificatoria Ley XVI N° 89, sancionada el 3-11-11, que en fotocopia se agrega a fs 3, por cuanto entiendo que no refiere una “situación” de incompatibilidad sino solamente a sus “efectos”, dejando el análisis del mismo para más adelante en este escrito)

**F.- RÉGIMEN DEL MUNICIPIO DE RIO MAYO** (Ordenanza N° 1703/2012, de fecha 4 de Abril de 2012, que en copia adjunto al presente) la que entiendo necesario mencionar atento que en su Nota de presentación el Sr. Presidente del HCD (ver fs 2, 2º párrafo) afirma que “...*me ajustaré a lo legislado en el art. 5º y 6º de la ordenanza 1703/12...*”.

**Artículo 5º**: “...**La dieta de los Sres. Concejales que se encuentren afectados por la incompatibilidad establecida en el art. 67, párrafo segundo de la Constitución de la Provincia del Chubut, no podrá superar los ocho (8) días de viáticos establecidos en la categoría superior de los funcionarios provinciales, adquiriendo carácter no remunerativo. Cada Concejel declarará tal situación a los efectos de proceder administrativamente según corresponda en cada caso. ...**”

**Artículo 6º**: “...**El valor del viático mencionado en el artículo precedente se ajustará automáticamente en función de las modificaciones que se operen en el Decreto Provincial 503/10 sobre el particular, pudiendo cada Concejel ajustar su situación a lo establecido en el artículo 60 inc. 2 de la Ley XVI N° 46. ...**”

### **III.- ANÁLISIS**

Como puede derivarse de las transcripciones de las diversas normas arriba efectuadas, nos encontramos frente a situaciones muy disímiles.

Por un lado tenemos un conjunto de normas que se refieren a la incompatibilidad como tal (la que a su turno, puede ser absoluta o relativa, expresa o virtual, e incluso de las denominadas “éticas”) y, de otras normas, surgen cuestiones previstas que, en rigor, hacen a: 1) la inelegibilidad de determinadas personas para determinados cargo; 2) a la prohibición de contratar a determinadas personas para ciertas cuestiones; 3) a la falta de aptitud de determinadas personas para ingresar al empleo público; 4) a la acumulación de cargos estrictamente considerada en si misma; 5) a los impedimentos para ser adjudicatario, concesionario, etc. para determinadas personas.

Sin perjuicio de estas distinciones, al conjunto de ellas usualmente se las denomina, en general, lisa y llanamente incompatibilidades.

#### **1.- LA NOTA**

Ahora bien, en la mentada Nota de la referencia (fs 2, primer párrafo) sostiene el Sr. Sambuesa que “...**a partir del día 13 de Agosto del corriente he solicitado licencia en mi cargo de docente encuadrada en la ley XVI-89 (modif. de art. 60 inciso 2 ley XVI-46 ...**” agregando (2º párrafo) que “...**dejaré de percibir mi dieta como presidente del Concejo Deliberante como lo venía haciendo, y me ajustaré a lo legislado en el art. 5º y 6º de la ordenanza 1703/12 ...**” (que en copia el suscripto ha agregado a los actuados) concluyendo (3º párrafo) que da lugar “...a una liquidación de gastos de representación con carácter no remunerativo...” y menciona lo expuesto en un dictamen emitido por un letrado de la Asesoría General de Gobierno, el que, en fotocopia, agrega a fs 4/6.

De este modo, pues, diversas son las cuestiones que emergen de dicha nota, a saber:

**A.-)** Sostiene que el día 13 de Agosto “solicitó” licencia en su cargo de docente (descarto que se la han otorgado) no aclarando si lo es con o sin goce de sueldo. A ese respecto, también infiero que dicha licencia lo es CON GOCE de haberes ya que, de lo contrario, carecería de sentido la sustanciación de la presente actuación.

**B.-)** En su Nota de fecha 11 de Octubre (DOS meses posteriores a su supuesta licencia) afirma que dejará de percibir su dieta como presidente aclarando “...**como lo venía haciendo**...”. Al respecto caben formularse los siguientes interrogantes:

- ¿Qué ocurrió desde el 10-12-11 (fecha en que presumo asumió el cargo) hasta el 13-8-12 (fecha en que supuestamente solicitó la licencia)? ¿Cobraba las DOS remuneraciones ?
- ¿Qué ocurrió desde el 13-8-12 (fecha en que supuestamente solicitó la licencia, infiero CON GOCE de haberes) hasta el 11-10-12 ? Pareciera, por lo que él mismo sostiene (“...**como lo venía haciendo**...”) que continuó cobrando las DOS remuneraciones.
- ¿Qué fue lo que “cambió” para que el 11-10-12 resolviera dejar de percibir su dieta como presidente “...**como lo venía haciendo**...” ?

*A todo esto, obviamente, cabe preguntarse si en algún momento (entre el 10-12-11 y el 13-8-12) el Sr. Sambuesa ha ejercido AMBOS cargos, si el desempeño ha sido simultáneo (desde ya, a este respecto NADA se aclara en las actuaciones).*

## 2.- EL DICTAMEN

En relación al 7° párrafo del dictamen que se menciona (destacado a fs 5) allí se sostiene que “...*si el agente mantiene de manera automática su remuneración en su cargo de Educación ... los viáticos necesarios para afrontar la función de concejal, superen o no los OCHO (8) días serán siempre NO remunerativos*...”.

A mi entender se han confundido cuestiones que han de ser consideradas, necesariamente, por separado:

- una es la relativa a la fijación de los gastos de representación y/o dietas de los Concejales en una suma INFERIOR a los ocho (8) días de viáticos en cuyo caso será SIEMPRE no remunerativo;
- otra es el otorgamiento de viáticos para la realización de una comisión de servicios (o, como lo apunta el dictaminante: “*necesarios para afrontar la función de concejal*”) en cuyo caso, también, serán SIEMPRE no remunerativos;
- otra es la relativa a la fijación de los gastos de representación y/o dietas de los Concejales en una suma SUPERIOR a los ocho (8) días de viáticos en cuyo caso será SIEMPRE remunerativo;

En punto al párrafo siguiente (vgr. 8°) no comparto el criterio que los supuestos contemplados en el Art. 67°, 3° párrafo, Constitución Provincial, y el del Art. 60°, inc. 2° conforme la modificación de la Ley XVI-89 contemplan diversas situaciones y NO son aplicables entre sí.

La redacción anterior a la modificación era por demás clara a este respecto y establecía expresamente que excediendo el monto equivalente a los 8 días de viáticos adquiriría “...**de pleno derecho el carácter remunerativo, operando la**

**caducidad automática establecida en el párrafo tercero del artículo 67 de la Constitución de la Provincia del Chubut para los supuestos que sea aplicable...”.**

Hoy, modificación mediante, se ha QUITADO esta expresa mención a la caducidad automática, sin perjuicio de lo cual, a mi entender, va de suyo y dicha caducidad SIEMPRE habrá de operarse en los supuestos de adquirir carácter remunerativo el monto percibido.

### **3.- LEY XVI N° 89**

Dicha Ley fue sancionada el día 3-11-11 y publicada en el Boletín Oficial el día 29 de Noviembre de 2011, siendo OBLIGATORIA a partir del día 30 de Noviembre de 2011 (Artículo 145°, 4° párrafo, Constitución Provincial).

Vale decir, al asumir el cargo el Sr. Sambuesa (extremo que ocurrió, presumo, el día 10 de Diciembre de 2011) dicha Ley ya era aplicable.

La modificación consistió, básicamente, en AGREGAR una licencia CON GOCE de sueldo para aquellos que resulten electos Concejales que se opera automáticamente desde su incorporación al Concejo Deliberante y mientras dure su función estableciendo, en su parte final, que “...La licencia es sin goce de sueldo si el Concejel opta por la dieta de este cargo...”

Este régimen tiene por finalidad evitar la acumulación de cargos (empleos simultáneos) expresamente prohibida por la propia Constitución Provincial así como por diversas Leyes que reglamentan la denominada “incompatibilidad” (a lo que me refiriera en los primeros párrafos del presente acápite).

Sin embargo, dicha prohibición tiene una EXCEPCIÓN también expresamente prevista: LOS CARGOS DOCENTES (Art. 67°, 2° párrafo, y Art. 244, 1° párrafo, ambos de la Constitución Provincial; Art. 2°, inc. f, Ley I N° 74; Art. 20°, Ley I N° 231).

### **IV.- CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto en el presente, entiendo que el régimen impuesto por el nuevo Artículo 60°, inciso 2° de la Ley XVI N° 46 (conforme modificación introducida por la Ley XVI N° 89) consistente en el otorgamiento de una licencia con goce de sueldo a quien resulte electo Concejel en forma automática desde su incorporación al Concejo Deliberante NO ES DE APLICACIÓN a quien detente un cargo DOCENTE.

En este sentido, además, TAMPOCO sería de aplicación al presente caso lo dispuesto por el Artículo 5° de la Ordenanza N° 1703/2012 HCD (ver fs. 9) por cuanto el Sr. Sambuesa NO SE ENCUENTRA afectado por la incompatibilidad establecida en el art. 67, párrafo 2° de la Constitución de la Provincia del Chubut.

En definitiva, en tanto y en cuanto NO hubiere una incompatibilidad HORARIA que tornare imposible el desempeño de los DOS CARGOS, entiendo que el Sr. Sambuesa bien podría percibir AMBAS remuneraciones: la de docente y la de Presidente del Concejo Deliberante.

Por el contrario, si hubiere dicha incompatibilidad HORARIA, en mi opinión debiera OPTAR por una de ellas, y de hacerlo por la remuneración de docente, bien se le podrían liquidar los Gastos de Representación en tanto NO supere los OCHO días de viáticos.



Atentamente.

Pablo Cuenca  
Asesor Legal  
Tribunal de Cuentas