

INFORME ANALÍTICO SOBRE PROCESOS DE GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL QUE PERMITEN /
PROMUEVEN EL DESARROLLO DE PRÁCTICAS IRREGULARES

1. INTRODUCCIÓN:

Conforme los Términos de Referencia, se le solicita al consultor que identifique y analice, a través de un *estudio exhaustivo de la normativa* que regula la administración de los recursos humanos dentro de la APN, **las disposiciones legales que dan lugar a situaciones de inequidad e ineficiencia**, particularmente aquellas referidas a la **acumulación de cargos en la Administración Pública**. Como resultado final, se espera: **A.** un informe analítico que de cuenta de la situación actual en materia de normativa de incompatibilidades, **B.** un informe con recomendaciones generales para el diseño de un nuevo régimen de incompatibilidades y **C.** un proyecto preliminar de un nuevo régimen integrado de incompatibilidades.

En este estudio, previsto en el punto **A**, especifico la base normativa aplicable al caso en estudio y que será objeto del análisis solicitado. En este sentido, además de las normas a las que me referiré más adelante, incorporo un relevamiento de la doctrina judicial y administrativa sobre el tema.

2. ESTUDIO NORMATIVO. CARACTERÍSTICAS Y COMPLEJIDAD.

La primera tarea a que me aboco es la determinación del sistema normativo válido en materia de incompatibilidad para el desempeño o designación de funcionarios y empleados en cargos públicos. La tarea no es sencilla puesto que, como es usual en la legislación argentina, los textos originarios han sufrido modificaciones, ampliaciones y excepciones, dando lugar a la calificación de “texto ordenado” que designa el texto con el mismo número de origen y con todos los agregados posteriores. La complejidad de la tarea de describir el conjunto de normas válidas, particularmente en nuestro país, ha sido señalada reiteradamente¹.

En la especie, el sistema normativo que rige la incompatibilidad por acumulación de cargos ha sido reiteradamente modificado, ampliado y se le han

¹ “En América Latina en general, y en la Argentina en particular, el fenómeno apuntado se da con particular virulencia. Todo gobernante que se respeta se siente compelido a dictar un sinnúmero de leyes nuevas, reemplazar o reformar las existentes y proyectar leyes futuras en asombrosa abundancia...” Eugenio Bulygin, “Teoría y Técnica de Legislación”, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 410.

incorporado numerosas excepciones². Así las cosas, el sistema se ha tornado, en un sentido lógico, redundante e inconsistente. La redundancia no ha sido objeto (como no lo es usualmente) de análisis jurisprudencial o administrativo. En cambio, la inconsistencia del sistema ha dado lugar a fallos y resoluciones administrativas contradictorias. En muchos casos la indeterminación lógica del sistema ha abonado tanto interpretaciones permisivas como otras restrictivas. Si bien, en general, estas inconsistencias son resueltas utilizando los criterios usuales de ley posterior, ley especial y ley superior, no resulta claro que tales criterios sean siempre aplicables. Grosso modo, esto ocurre puesto que los decretos del poder ejecutivo nacional, son anteriores pero superiores respecto de resoluciones ministeriales; o son inferiores pero especiales respecto de leyes, o bien son inferiores pero posteriores a tales leyes³.

En lo que sigue, intentaré (con carácter previo al estudio lógico) determinar el conjunto de normas que resultan, sin atender por lo pronto a los criterios interpretativos señalados, aplicables a aquellos casos de funcionarios o empleados públicos que acumulan a su cargo, otro remunerado o un beneficio previsional.

3. SISTEMA NORMATIVO:

Básicamente, el régimen vigente sobre incompatibilidades está dado por el decreto **8566/61** (y sus modificatorios: 9432/61; dec. 9677/61; dec. 862/62; 5229/62; dec. 5363/63; dec. 5354/64; 728/73; 7889/72; 1053/90; 894/01).

El sistema se completa con las excepciones previstas en los siguientes decretos y resoluciones:

- 1. Decreto N° 2933 (12-07-46):** Excepción de los instructores de tiro nombrados por la Dirección General de Tiro y Gimnasia. (Mantiene vigencia por Resolución N° 12.219/67)

² Véase la Exposición de Motivos del Dto. 8566/61, donde se sostiene: “...en la actualidad el sistema que resulta de las variantes que ha sufrido el decreto original (se refiere al decreto 1134/32 del 23 de marzo de 1932) a través de 27 años de aplicación es totalmente inorgánico, ya que existen en vigor más de 200 disposiciones que lo amplían, complementa, modifican o aclaran, consistentes en decretos, resoluciones, interpretaciones y dictámenes...”

³ Si bien, teóricamente es dable establecer prioridades entre estos criterios, es claro que la utilización de los mismos no debería ser necesaria si el sistema resulta lógicamente consistente, y como es objeto de este trabajo, además, hacer recomendaciones generales respecto a modificaciones normativas, no efectuaré la tarea interpretativa que resulta imprescindible para el caso de aplicación de un sistema lógicamente defectuoso.

- 2. Decreto N° 5846 (05-08-46):** Excepción a los Inspectores de Menores, cuyos cargos se equiparan a los de carácter docente.(Mantiene vigencia por Decreto N° 1477/85)
- 3. Decreto N° 7104 (01-01-48):** Excepción de las Comisiones Argentinas Demarcadoras de Límites. (Vigente por Resolución N° 12.008/62).
- 4. Decreto N° 12.507 (22-06-50):** Autorización de acumulación de cargos técnicos a los médicos veterinarios e ingenieros agrónomos. (Mantiene vigencia por Resolución N° 12.021/62).
- 5. Decreto N° 3601 (15-03-54):** Excepción del personal de Hipódromos.
- 6. Decreto N° 12.557 (09-08-55):** Autorización para la acumulación de cargos de los profesionales auxiliares del Arte de Curar. (Mantiene vigencia por Resolución N° 12.011/62).
- 7. Decreto N° 6999 (17-04-56):** Excepción (del Régimen de Incompatibilidades) del ejercicio de la labor de gestor de seguros en la Caja Nacional de Ahorro Postal. (Mantiene vigencia por Resolución N° 12.007/62).
- 8. Decreto N° 21.639 (04-12-56):** Excepción (del Régimen de Incompatibilidades) para los agentes de la Administración Pública Nacional que desempeñen la profesión de taquígrafos. (Ratificado por Resolución N° 38/73 S.G.P.N.)
- 9. Decreto N° 5826 (31-05-57):** Excepción (del Régimen de Incompatibilidades) para el personal de la Administración Pública Nacional que preste servicios como jornalizado por reunión de carreras en el Hipódromo de La Plata.
- 10. Decreto N° 15.443 (21-11-57):** Exclusión del personal de la Administración Pública Nacional en días considerados no laborables para la misma.
- 11. Decreto N° 11.265 (24-11-61):** Exclusión del personal de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal que preste servicios o sea designado para ocupar cargos o desempeñar funciones en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.
- 12. Decreto N° 2257 (13-03-62):** Declaración de compatibilidad del ejercicio de la docencia universitaria con el desempeño de cargos dependientes de la Administración Pública Nacional.
- 13. Decreto N° 9006 (04-09-62):** Exclusión de los cargos de "Encargados de Estación Meteorológica".

- 14. Decreto N° 9058 (05-09-62):** Excepción de los cargos de tasadores.
- 15. Decreto N° 1779 (07-03-63):** Prohibición de desempeño simultáneo en cargos directivos de docentes vinculados por relación de parentesco.
- 16. Decreto N° 3477 (07-05-63):** Excepción al personal de las academias y entidades subsidiadas por el Estado de la obligación de presentar los formularios de declaración jurada de acumulación de cargos.
- 17. Decreto N° 1193 (16-02-65):** Exclusión del artículo 6° del Régimen de Incompatibilidades a los miembros de los Tribunales de Cuentas de las provincias y Municipalidades.
- 18. Decreto N° 933 (04-05-71):** Declaración de compatibilidad del ejercicio de la docencia universitaria y secundaria en Universidades Nacionales o provinciales y privadas con el desempeño de cargos o contratos de prestación de servicios en la Administración Pública Nacional.
- 19. Decreto N° 4807 (20-10-71):** Levantamiento de la incompatibilidad por acumulación de cargos para la designación de agentes judiciales en Chubut y Santa Cruz.
- 20. Decreto N° 2286 (03-11-80):** Excepción a los empleados públicos no videntes.
- 21. Decreto N° 69 (15-01-81):** Excepción para el cargo de Director del Programa de Expansión y Mejoramiento de la Educación Rural.
- 22. Decreto N° 1447 (10-05-84):** Excepción para las contrataciones con organismos de la Administración Pública Nacional para el desarrollo de investigaciones sobre la Administración Pública Nacional.
- 23. Decreto N° 2214 (20-07-84):** Excepción del ejercicio de la docencia con carácter transitorio.
- 24. Decreto N° 1019 (06-06-85):** Excepción para los funcionarios de la Administración Central que desempeñen funciones directivas o de control en Sociedades del Estado, sociedades de economía mixta y sociedades anónimas con participación estatal.
- 25. Decreto N° 898 (27-06-89):** Excepción para los funcionarios de la Administración Pública Nacional que desempeñen funciones directivas o de control en entes societarios con participación estatal.

- 26.Res. S.F.P. N° 16 (17-01-90):** Inclusión del personal técnico y científico del Instituto Nacional de Prevención Sísmica en la inclusión establecida por el artículo 8° del Decreto N° 9677/61.
- 27.Ley N° 23.868 (19-10-90):** Modificación de la Ley 21.890 en lo relativo a las incompatibilidades de los Escribanos.
- 28.Dto. 41/99,** Código de Ética Pública, art. 44 regula genéricamente la prohibición para la acumulación de cargos en la Administración Pública Nacional.
- 29.Res. S.P.M.E N°11/2001 (26/7/2001):** El art. 1 no comprende a la percepción de prestaciones de pensión por fallecimiento o prestaciones de idéntica naturaleza, existentes en los distintos regímenes previsionales vigentes.
- 30.Dto. 1033/2001 (17/8/2001):** Establécese que no se encuentra alcanzado por la incompatibilidad prevista en el ultimo párrafo del artículo 1 del capítulo I del régimen sobre acumulación de cargos, funciones y/o pasividades aprobado por decreto nro. 8566/61, el desempeño de horas de clase o de cátedra.

Además, existe un conjunto de leyes y decretos que, tangencialmente, regulan la acumulación de cargos en cargos o actividades específicas. Se han podido detectar las siguientes normas:

- 1. Ley 12.709** (Ley de creación de la Dirección de Fabricaciones Militares), art. 13.
- 2. Ley 13.047** (Estatuto del Docente de Establecimientos Privados), arts. 11, 18 y 28.
- 3. Ley 14.778** (Dec. 22212/45) Estatuto del Trabajo de Médicos, Odontólogos y farmacéuticos, art. 8.
- 4. Ley 20.705** (Sociedades del Estado) art. 7 (están sometidos al régimen de incompatibilidades de la ley de sociedades comerciales 19.550).
- 5. Ley 22.250** (Estatuto de la Construcción), art. 4.
- 6. Ley 23.661** (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones) arts. 34, 34bis, 60 y 121.
- 7. Ley 23.697** (Emergencia Económica), art. 57, para el personal de Institutos y Organismos Autárquicos Nacionales.
- 8. Ley 24.284** (Defensor del Pueblo), art. 7.

- 9. Ley 24.481** (Dec. 260/96) (Patentes de Invención) art. 91 (Instituto Nacional de la Propiedad Industrial).
- 10. Ley 22.315** (Inspección General de Justicia) art. 23.
- 11. Ley 25164** (Empleo Público), arts. 23 y 25.
- 12. Ley 24.946** (Ministerio Público) art. 9.
- 13. Ley 24.521** (Dec. 705/97)(Educación Superior) art. 2 (la actividad de los miembros de la CONEAU, no resulta incompatible con otros cargos docentes o de investigación).
- 14. Ley 24.937** (Dec. 816/99)(Consejo de la Magistratura) arts. 5, 28.

3. ANÁLISIS LITERAL DEL DECRETO 8566/61 (CON SUS MODIFICACIONES):

En este estudio preliminar realizo un análisis literal de las normas principales, intentando establecer los problemas lingüísticos y conceptuales de las normas básicas. Este primer paso es imprescindible a fin de establecer el sentido de los textos normativos que permitan, en una segunda etapa, efectuar el análisis lógico que descubra los problemas de inconsistencia, redundancia o vacío legal.

Artículo 1º.- *A partir de los SESENTA (60) días de publicado el presente en el Boletín Oficial y con las excepciones que expresamente se establecen, ninguna persona podrá desempeñarse ni ser designada en más de un cargo o empleo público remunerado dentro de la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal*
Asimismo declárase incompatible el desempeño de un cargo público con la percepción de jubilaciones, pensiones y/o retiros civiles y/o militares provenientes de cualquier régimen de previsión nacional, provincial y/o municipal.

Las prohibiciones que anteceden son de aplicación para las situaciones existentes, aunque hubieran sido declaradas compatibles con arreglo a las normas vigentes hasta la fecha.

El desempeño de una función o cargo remunerado o prestación contractual con o sin relación de dependencia, bajo cualquier modalidad en la Administración Pública Nacional, es incompatible con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. La referida incompatibilidad se aplicará con independencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios. (Párrafo incorporado por art. 1 del Dto. 894/01 B.O. 13/7/2001)

La norma es la regulación básica del sistema de prohibición de acumulación de cargos.

El **primer párrafo** expresa una doble prohibición: la de desempeñarse y la de ser designado. Parece claro que mientras la primera de ellas se refiere al titular del cargo, la segunda impone una prohibición a la autoridad competente para la designación⁴. En segundo lugar, la prohibición está redactada de modo tal que comprende a aquellos individuos que tienen duplicidad de cargos en jurisdicción provincial, o municipal. Lo que en principio, (aunque, específicamente el art. 2 establece el ámbito personal de la norma) parece ampliar el ámbito de aplicación a la duplicidad de cargos provinciales o municipales. Puede, entonces, detectarse aquí una falla de técnica legislativa. El texto ampliado por el decreto 9677/61⁵ parece aclarar, más que restringir, este problema jurisdiccional. Tanto en el texto original como en su modificación, se destaca el carácter **remunerado** de los cargos múltiples. Esto pone de resalto un problema de política legislativa más que de técnica: la prohibición de la acumulación de empleo puede tener múltiples razones materiales, las dos a primera vista relevantes⁶ tienen que ver: 1. la eficiencia del gasto público, 2. la eficiencia del servicio público, en tanto es de suponer que la multiplicidad de empleo público reduce la eficiencia del funcionario o empleado en el cumplimiento de sus tareas⁷. Se destacan

⁴ La sanción establecida en el art. 253 C.Penal resultaría aplicable al funcionario que designe al agente con conocimiento de la existencia de una acumulación de cargos. Esto marca una distinción muy pronunciada entre las sanciones correspondientes a quienes desempeñan y quienes designan agentes bajo estas circunstancias. Para los agentes que desempeñan más de un cargo, correspondería por una parte la cesantía en el cargo además de la devolución de los importes recibidos en razón del mismo (ver fallo de Cámara in re *Hourquescos*).

⁵ Se amplía el artículo 1º por artículo 7º del Decreto 9677/61 B.O. 2/11/1961, en el sentido de que asimismo es incompatible el ejercicio de un cargo o empleo público remunerado en la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional, con cualquier otro cargo público retribuido en el orden nacional, provincial o municipal.)

⁶ Como bien se ha hecho nos ha hecho notar por parte de la Subsecretaría de Gestión Pública, la prohibición de acumular empleo tiene además de las mencionadas, otras razones: la protección de la integridad psicofísica de los agentes públicos, la ordenación del mercado de trabajo, la defensa y garantía del interés público en la actuación de los funcionarios, la adopción de un medio jurídico para evitar el abuso en la distribución de cargos públicos, la reducción del gasto público, entre ellas.

⁷ Un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostiene esta razón: *La incompatibilidad es el impedimento legal para el ejercicio simultáneo de dos o más cargos públicos y que, en caso de estar establecida en forma expresa, provoca la extinción de empleo o función desde que la condición se cumple siendo su fundamento, en su sentido amplio, el de lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios por parte de los agentes.* SCBA, B 56396 S 14-4-1998, Juez PISANO (SD) CARÁTULA: Ceccomancini, Antonio c/ Municipalidad de La Matanza s/ Demanda contencioso administrativa MAG. VOTANTES: Pisano-Hitters-Laborde-Negri-Pettigiani-Salas-San Martín-de Lázari SCBA, B 56273 S 28-4-1998, Juez PISANO (SD) CARÁTULA: Delescabe, Enrique Antonio c/

a este respecto los casos en que se pone como condición que las cargas horarias no se superpongan.

En cuanto al carácter remunerado, el mismo debe considerarse así cuando las dos retribuciones provengan de las arcas del Estado Nacional, según lo ha establecido el fallo de la CSJN in re *Hourquescos, Vicente contra Tribunal de Cuentas de la Nación*, del 20 de febrero de 2001. Este fallo, como también la doctrina administrativa establecida por la Procuración del Tesoro de la Nación, introducen una cuestión básica respecto al origen de los fondos con que se paga al funcionario. Así, cabe considerar los casos de retribución proveniente de ingresos extrapresupuestarios. Genéricamente, los fondos con que se retribuye la actividad de los funcionarios y empleados puede provenir de ingresos presupuestarios, ingresos extrapresupuestarios e ingresos privados. La norma en análisis no establece restricción alguna, no obstante, debe tenerse en consideración el fallo citado a los fines de una reforma que evite esta interpretación, fundamentalmente teniendo en vista aquellos cargos que se encuentren fuera de la Administración Central que refiere el artículo 2. Es del caso señalar que la jurisprudencia sobre el origen de los fondos con que se retribuye la función pública a los fines de establecer la incompatibilidad por acumulación de cargos, no es pacífica. Si bien la CSJN ha resuelto el tema, las decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, ha sostenido la irrelevancia del origen de los fondos en cuanto a decidir sobre la incompatibilidad en cuestión. En tanto los fallos de la CSJN no son obligatorios para los tribunales inferiores⁸, no resultará

Municipalidad de La Matanza s/ Demanda contencioso administrativa MAG. VOTANTES: Pisano-Hitters-Laborde-Negri-Pettigiani-Salas-San Martín-Ghione-de Lázzari. En igual sentido puede citarse: *La incompatibilidad, como una consecuencia del deber de dedicación al cargo de funcionario o empleado público, parte de la presunción juris tantum de la imposibilidad material de atender al mismo tiempo tareas ajenas a la función pública, sean estas de la misma naturaleza o privadas* (C1aCC La Plata, Sala III, Mayo 23 1974). ED, 56-474.

Las incompatibilidades comportan, en su esencia, la imposibilidad o prohibición emanada de la ley de desempeñar concomitantemente dos cargos o funciones públicas, cuyos contenidos contradicen el deber de plena dedicación por parte del agente estatal. Se persigue con ellas garantizar la plena defensa de los intereses públicos en las actuaciones de quienes lleven a cabo la voluntad estatal, asegurar la exclusiva dedicación al desempeño del cargo con la eficiencia que el ejercicio de la función pública requiere y preservar la moralidad pública impidiendo los abusos por la acumulación de cargos en una misma persona, con el consiguiente acaparamiento de remuneraciones provenientes del erario público, aun cuando se trate de ámbitos o jurisdicciones distintas (art. 177, Constitución de la Provincia de Córdoba). (TS Córdoba, sala contencioso-administrativa, diciembre 1-995. - Barbero, Víctor L. c. Provincia de Córdoba) LLC, 1996-449.

⁸ Aunque se haya atribuido a las decisiones de la CSJN una obligatoriedad devenida de un llamado “deber moral”. La jurisprudencia sobre este punto no es terminante. Así se pueden citar los siguientes fallos:

extraño que la Cámara mantenga su criterio no obstante el fallo del Superior Tribunal de la Nación.

Es principio recogido en una frase que la Corte Suprema de Justicia de la Nación repite usualmente, según la cual tanto las partes como los tribunales inferiores deben leal acatamiento a sus fallos, refiriéndose con ello a la obligatoriedad de las reglas jurídicas individuales sentadas en la decisión de un caso concreto respecto de las partes involucradas en aquél y de los tribunales inferiores intervinientes en dicho caso. DEPARTAMENTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA C/ DORA MARÍA JOSEFINA DEIS S/ EXPROPIACIÓN (CIUDAD - CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL MINAS PAZ Y TRIBUTARIO N° 4- N° FALLO 98194702) (INTERLOCUTORIO) MAG. : SARMIENTO GARCÍA-BERNAL-GONZÁLEZ 14/09/98

La jurisprudencia constante de la Corte Federal, es, al menos, moralmente obligatoria para los tribunales de grado porque resulta absurdo obligar a los litigantes a acudir al máximo tribunal del país para lograr una sentencia favorable a sus pretensiones dadas las consecuencias nefastas que tal dilación provoca. Pero este acatamiento rige, cuando sobre el particular existe en la Corte Federal una verdadera jurisprudencia consolidada; cuando no se trata de un fallo aislado, dictado con calificadas disidencias, o que de algún modo pone en duda principios generales consolidados por una jurisprudencia anterior. (Voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci). TELEFONICA DE ARGENTINA SA C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE MENDOZA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA (N° FALLO 98199127) (SENTENCIA) MAG.: MOYANO-ROMANO-KEMELMAJER DE CARLUCCI 04/02/98

Esta Corte siempre ha defendido el criterio de que los fallos de la Corte Suprema de Justicia tienen que ser seguidos y respetados, más allá de las opiniones personales y diferentes criterios que puedan tener los jueces inferiores, ya que están en juego valores importantes como: seguridad jurídica, el sentido ejemplar de los pronunciamientos, los principios de economía procesal, de rapidez y de eficacia del proceso, como para defender intransigentemente posiciones personales (Voto Dr. Nanclares). Expediente N° 66281 - Diaz Peralta, Joaquín F. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ accion de Inconstitucionalidad, Mag.: Nanclares - kemelmajer - romano - moyano - salvini - Böhm - Llorente

La interpretación judicial no es intangible ni obligatoria, incluso la de la Corte Nacional. La hermenéutica constitucional admite evolución y no debe ser estática. La prescindencia de la doctrina de un fallo anterior de la Corte no es cuestión que sustente el recurso extraordinario si la sentencia apelada se encuentra suficientemente fundada. Por tanto, en el sub iudice, cabe declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de Alzada basado en el apartamiento por parte del Tribunal de un precedente sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia en litigio. (CITAS: CSJN, FALLOS 253:206; 255:187; 263:253; 256:588; 253:207; CSJSTA.FE AYS T68P400) C.S.J. NRO. 352 AÑO 1991, 18/05/94 MAG. VOTANTES:ULLA - ALVAREZ - FALISTOCCO - IRIBARREN - VIGO

Existen numerosas y contradictorias posturas doctrinarias en torno a la problemática de la eficacia "vinculante" o no "vinculante" de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la existencia de un deber moral de seguir directivas jurisprudenciales del más Alto Tribunal del país (que van desde el sometimiento simple; sometimiento condicionado como deber moral; sometimiento condicionado como deber institucional; no sometimiento imperativo). Tampoco debe olvidarse que "la interpretación judicial no es intangible ni obligatoria, incluso la de la Corte Nacional", que "la hermenéutica Constitucional admite evolución y no debe ser estática" y que "la prescindencia de la doctrina de un fallo anterior de la Corte no es cuestión que sustente el recurso extraordinario, con base en la doctrina sobre la arbitrariedad si la sentencia apelada se encuentra suficientemente fundada" FALLOS: 253:206; 255:187; 263:253; 256:588; 253:207. CSJ, S N. 68:400-403, 10-12-87 SANTIYU, ISABELINO C/ COOPERATIVA LA PRIMERA AVICOLA, AGRICOLA Y DE CONSUMO LIMITADA -COBRO DE PESOS- S/RECURSO EXTRAORDINARIO. MAG. VOTANTES: ESTEVAN. ALVAREZ. IRIBARREN. PRONO. TETTAMANZI.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide en todos los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, no es menos cierto que todos los órganos inferiores tienen el deber -siquiera moral- de conformar sus decisiones a la doctrina de aquélla, como lo ha sentado desde antiguo el mas alto tribunal. JEMF LP 930 RSI-930-92 I 3-6-93 SORONDO, JUAN CARLOS (H) S/ ENJUICIAMIENTO MAG. VOTANTES: LABORDE-BERIZONCE-BEZZI-HERNÁNDEZ-POSIK-BERTONCELLO

Se ha hecho evidente en el caso *Hourquescos*, además, la diferencia de criterios entre la Procuración del Tesoro de la Nación (que entiende que la remuneración debe provenir de las arcas del Estado⁹) por un lado, y el Tribunal de Cuentas y la Sindicatura General de la Nación (que sostienen que es irrelevante el origen de los fondos con que se retribuye al agente) por otro¹⁰.

Debe tenerse presente además el caso del personal ad honorem que perciba viáticos por su desempeño, los que no serían en sentido estricto considerados remunerativos¹¹.

El segundo párrafo extiende la prohibición a la acumulación de empleo y beneficio previsional. Nuevamente la validez territorial de la norma incluye jurisdicciones respecto de las cuales no se tiene competencia. Es de interés relacionar el criterio sustentado por la Corte en el caso *Hourquescos* con el carácter de los fondos provenientes de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Si se entendiera, con similares argumentos, que los fondos que administran estas entidades son privados, la prohibición sería vana puesto que en algún tiempo el conjunto de individuos que perciben beneficios previsionales de la Nación, las provincias o los municipios, resultaría ser un conjunto vacío.

Es de señalar que la incompatibilidad en este caso no exige (atento al texto expreso de la ley) que el cargo que el agente desempeña sea remunerado. Esto es, se configuraría la incompatibilidad aún en el caso en que quien percibe un haber previsional o beneficio desempeñase un cargo no remunerado en la Administración Pública Nacional. Es interesante notar que el texto de la norma no deja opción para desempeñar el cargo y optar entre la remuneración correspondiente y la percepción del haber previsional. Tampoco se autoriza el desempeño ad-honorem de la función.

⁹ Debe aclararse que en dictamen del 5 de marzo de 2001, la Procuración del Tesoro de la Nación, varió su criterio y sostuvo el carácter de funcionario público de los agentes que cumplan funciones de dirección, gerenciales o de control en las sociedades y empresas del Estado o con participación estatal.

¹⁰ Pueden citarse dictámenes de la Dirección Nacional del Servicio Civil, contrarios a este criterio en los expedientes: 536/82 (M.O.P.), 7846/82 (INOS), 24.042/82 (INOS), 3576/82 (S.I.P.), 1093/82 (Secretaría de Comunicaciones del MOS), 14.842/84 y 12.045/7 (CONET), 25.147/84 (ENCOTEL), 25.867/86 (MOSP), entre otros.^o

¹¹ En este sentido se ha expedido la Subsecretaría de la Gestión Pública, en expediente: 87.222/90 “*La percepción de gastos de representación por el desempeño de un cargo de Subsecretario en el área de la Presidencia de la Nación no desvirtúa el carácter ad honorem de dicha prestación ...*”

En este punto debe hacerse notar que lo dispuesto por el decreto 894/01 que agregó el 4to párrafo al artículo analizado, en cuanto establece la incompatibilidad entre el cobro de un haber previsional y la percepción de remuneración por cargo en la función pública, no perseguía la incompatibilidad en el desempeño del cargo sino la acumulación de emolumentos. Si bien, esto no resulta claro en la redacción de la norma del artículo 1 del dto. 894/01 (incorporado al artículo 1 del dto. 8566/61), el artículo 2º del dto. 894/01 concede al personal involucrado la posibilidad de optar por la percepción de uno de los citados emolumentos.

El párrafo tercero impone las prohibiciones a las situaciones existentes al momento de su entrada en vigencia¹².

El cuarto párrafo extiende la incompatibilidad a los casos de **contratación** con o sin relación de dependencia, respecto a la percepción de un beneficio previsional Nacional, Provincial o Municipal. Al mismo tiempo al referirse a una función o cargo remunerado, parece establecer una contradicción parcial con el párrafo segundo que no exige el carácter remunerado del cargo para declararlo incompatible con la percepción del beneficio previsional. Es de mencionar que el decreto 92/95, que establece la reglamentación que determina las condiciones bajo las cuales se autorizará la contratación de personal especializado, no contiene limitación alguna respecto a la acumulación de cargos. Por su parte el decreto 1184/2001 que establece el régimen para las contrataciones del Estado únicamente menciona en la cláusula 11 del contrato tipo de servicios que el contratado pondrá en conocimiento de la administración toda ocupación, empleo o actividad profesional pública o privada que haya ejercido o ejerza, a fin de que ésta pueda determinar si existe incompatibilidad. De modo tal que refiere a otra legislación específica que determine esas incompatibilidades.¹³

¹² En los primeros años, esta norma dio lugar a numerosas resoluciones ratificatorias de exclusiones al régimen de incompatibilidades anteriores al dto. 8566/61; por ejemplo: Decreto N° 2933 /46 Excepción de los instructores de tiro nombrados por la Dirección General de Tiro y Gimnasia, mantuvo vigencia por Resolución N° 12.219/67, Decreto 5846/46, excepción a los Inspectores de Menores, mantuvo vigencia por decreto 1477/85; Decreto 7104/48 Excepción de la Comisiones Argentinas Demarcadoras de Límites, mantuvo vigencia por resolución 12.008/62

¹³ Las resoluciones 11/01 y 13/01 de la Secretaría de Modernización del Estado aclaran los alcances de las incompatibilidades excluyendo de estas a las pensiones por fallecimiento o prestaciones de idéntica naturaleza existentes en los distintos regímenes previsionales vigentes y a la pensión de guerra para ex-combatientes de Malvinas.

Artículo 2º.- *Las disposiciones del presente comprenden al personal de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el presupuesto respectivo incluido en el Presupuesto General de la Nación. En cuanto a su retribución comprende a todos los cargos o empleos, cualquiera sea la forma de remuneración, ya sea por pago mensual y permanente, jornal, honorarios, comisiones, y en general toda prestación que se perciba por intermedio de los organismos antes citados, en concepto de retribución de servicios.*

Por tanto alcanza a todo el personal de la Administración Nacional sin distinción de categorías ni jerarquías que se desempeñe en los servicios civiles, al personal militar de las Fuerzas Armadas y al de los Cuerpos de Seguridad y Defensa.

El artículo intenta un detalle exhaustivo del ámbito de validez personal de la norma. El concepto clásico de “Administración Pública” es, según doctrina conocida, “el conjunto de órganos estructurados jerárquicamente dentro del Poder Ejecutivo y cuya actividad se dirige a la satisfacción de las necesidades colectivas”¹⁴. Obviamente, este concepto está restringido a la función ejecutiva del Estado. No obstante, y resistiendo a las críticas que tal concepto ha acarreado, resulta de utilidad en este informe. La cuestión a debatir es si el conjunto de personas referidas por la norma se encuentran dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, esto, principalmente referido a las sociedades y empresas con participación estatal, academias y organismos subsidiados por el Estado.

En todo caso, siendo la legislación que se analiza, una vinculada con la eficiencia del gasto público como con la ética en el ejercicio de la función pública, entiendo aceptable que la misma sea más general incluyendo al empleo o función que se ejerza en cualquier organismo en que el Estado Nacional participe con imperio o bajo una regulación de derecho privado.

Si se analiza bajo esta óptica la sentencia de la CSJN in re *Hourquescos*, la misma parece violar un segundo límite. En efecto, la sentencia aludida basa su decisión en que los fondos con que se retribuye la función del demandante, no salen de las arcas

¹⁴ Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, EDIAR, Buenos Aires, 1963, Tomo I, p. 106/7.

estatales. Pero, si la norma, como parece surgir del texto del artículo 2, incluye (independientemente de la retribución) a todo cargo que se ejerza en las personas mencionadas en la norma, el demandante habría acumulado cargos de modo incompatible. Más aún cuando el art. 8 de la ley 24.154 define como “sector publico nacional” a:

a) Administración nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social;

b) Empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias

Como se puede advertir el campo tomado excluye a aquellos entes en que el Estado no tenga participación mayoritaria, limitación ésta que no parece justificarse a los fines de establecer incompatibilidades, razón por la cual el texto de un nuevo régimen debería incluir a estas entidades.

Los decretos 1019/85¹⁵ y 898/89¹⁶ establecieron la compatibilidad para aquellos funcionarios que ocupen cargos directivos, gerenciales o de control en sociedades del Estado, sociedades con participación estatal y empresas del estado. Estos decretos fueron objeto de observación legal por el Tribunal de Cuentas de la Nación¹⁷.

¹⁵ **Art. 1:** Declárase compatible el desempeño de un empleo o cargo público de la Administración Central con otro de director o síndico de sociedades del Estado, sociedades de economía mixta y sociedades anónimas con participación estatal. siempre que el ministerio o secretaría al que pertenezca el funcionario tenga competencia para entender o intervenir en la designación del director o síndico de que se trate.

¹⁶ **Art. 1:** Aclárase que las disposiciones sobre incompatibilidades del dec. 8566 del 22 de setiembre de 1961 y de toda otra norma en la materia no son aplicables a los funcionarios de la Administración pública nacional central, servicios de cuentas especiales, organismos descentralizados o autárquicos, empresa del Estado y cualquier ente estatal dependiente del Poder Ejecutivo nacional, que, además, desempeñen funciones directivas o de control en los entes societarios con participación estatal, regido por el dec.-ley 15.349/46 (ley 12.962, ley 20.705 y ley 19550) ni a los funcionarios de carácter directivo, gerencial o de control de tales entes que eventualmente sean designados para desempeñarse en funciones de la Administración Pública nacional, en cualquiera de sus ámbitos.

¹⁷ Observaciones 92/85 y 59/89 del TCN.

Suspendiéndose el cumplimiento, en aplicación del art. 87¹⁸ de la ley de Contabilidad (Dto.-Ley 23.354 del 31 de diciembre de 1956).

La expresión “*por intermedio de los organismos antes citados, en concepto de retribución de servicios*”, no resulta clara, puesto que la intermediación en el pago de las remuneraciones no implica que el mismo se encuentre a cargo del intermediador. Por otra parte, no existe entre la administración y el agente una relación de este tipo y más aún la Administración Pública no es mandatario de un tercero a cuyo cargo se haga el pago.

Artículo 3º.- *Al personal comprendido en el artículo 1º que tuviera más de TRES (3) años en la Administración, que fuera designado candidato a miembro de los Poderes Ejecutivos o Legislativos de la Nación o de las Provincias y de las Municipalidades se le acordará licencia desde ese momento sin goce de haberes. Si no resultara electo deberá reintegrarse a sus funciones dentro de los DIEZ (10) días de conocido el resultado de la elección. En caso afirmativo continuará apartado del ejercicio de sus funciones sin percepción de haberes, siendo reintegrado a su cargo de origen a la terminación de su mandato.*

Igual licencia se acordará al personal que con TRES (3) años de antigüedad fuera designado:

- a) Ministro, Secretario de Estado, Subsecretario y Secretario de la Presidencia de la Nación, de las Provincias y de las Municipalidades.*
- b) Integrante del Gabinete de los Ministros o Secretarios de Estado y de la Presidencia de la Nación, cuyo cargo figure en tal carácter en el respectivo presupuesto.*
- c) Miembro de los cuerpos colegiados que funcionan en la Administración Nacional, Provincial o Municipal*¹⁹

¹⁸ **Art. 87:** Las observaciones formuladas por el Tribunal de cuentas serán comunicadas al organismo de origen y suspenderán el cumplimiento del acto en todo o en la parte observada...”

¹⁹ Por art. 1º del Decreto N° 862/63 se dispone que la licencia sin sueldo que prescribe el artículo 3º, será optativa para aquellos agentes que desempeñen cargos electivos en el orden municipal (Concejal o Consejero Escolar), siempre que no exista superposición de horarios con el cargo que ocupan en la Administración Nacional)

- Por art. 1º Decreto 5363/63 se deja establecido que la licencia sin goce de sueldo prevista en el artículo 3º para el personal del Estado que fuera electo candidato a miembro de los Poderes Ejecutivo o Legislativo de la Nación o de las Provincias y de las Municipalidades, no revestirá carácter obligatorio cuando el agente en quien recayera esa designación pueda continuar ejerciendo normalmente las funciones que le competen en la Repartición que integra. Esta circunstancia será fiscalizada por sus superiores jerárquicos, los que, en caso contrario, lo intimarían a formular la opción respectiva, conforme a las estipulaciones del régimen aprobado por el aludido pronunciamiento.)

- Por art. 1º del Decreto 5354/64 se incluye en los alcances del artículo 3º al personal de la Administración que fuera designado candidato al cargo de juez de paz, del Poder Judicial de las provincias y al que resultara electo para esas funciones

- Por art.1º del Decreto N° 6513/74 se incluye en los alcances del artículo 3º al personal de la Administración que fuera designado intendente municipal.

La norma del art. 3° incorpora un excepción para aquellos funcionarios o empleados (con una antigüedad de tres años) que fueran candidatos a cargos electivos o que fueran designados en cargos ejecutivos, bajo condición de licencia sin goce de haberes, mientras duren las funciones para la que fueron elegidos o designados. La disposición se justifica en el carácter eminentemente temporal de los cargos señalados en la norma.

Sin embargo, la licencia sin goce de sueldo, es optativa (ver nota 17, decreto 862/63) para aquellos agentes que desempeñen cargos electivos en el orden municipal (Concejal o Consejero Escolar), siempre que no exista superposición de horarios con el cargo que ocupan en la Administración Nacional). La justificación de la excepción parece haberse encontrado en el carácter ad honorem que los cargos electivos en el orden municipal, tenían al momento de dictado de la norma. Tal carácter no subsiste en la actualidad y consecuentemente carece de fundamento la dispensa normativa. Dispensa que podría mantenerse tal vez para el cargo de Consejero Escolar en el caso de que el mismo no fuese remunerado.

Según una interpretación sistemática de estas normas (art. 1 dto. 862/63) con el artículo 5° podría desempeñar ambos cargos pero no percibir o sumar ambas remuneraciones. Esto introduce otra contradicción en el sistema. Así, si para el agente (en el caso del dto. 862/63) es facultativo pedir licencia sin goce de sueldo y en uso de esta facultad no la pidiese, podría desempeñar ambos cargos y percibir ambas remuneraciones.

Artículo 4° .- El personal titular de cargos en el servicio exterior de la Nación no podrá percibir otra remuneración que la que determine el presupuesto del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, siendo incompatibles tales cargos con cualquier jubilación, retiro, remuneración civil o militar a cargo de la Administración Nacional, Provincial o Municipal, cuando cumpla sus funciones fuera del país, de acuerdo con las condiciones y tiempo que determine su nombramiento correspondiente.

La norma no establece incompatibilidad de cargos, sino imposibilidad de percibir dos remuneraciones. Sí resulta llamativo que en el texto de la disposición específicamente se haga mención del origen de los fondos (*remuneración civil o militar*

a cargo de la Administración Nacional, Provincial o Municipal) con que se retribuye al agente. Se dice: “*El personal titular de cargos en el servicio exterior de la Nación...*” de allí que no quepa otra interpretación respecto a que los cargos que eventualmente ocupa deben estar dentro del ámbito del servicio exterior de la Nación. En este sentido se sostendría una excepción al régimen general: dos o más cargos dentro del servicio exterior de la Nación pueden ser acumulados siempre que solamente se perciba una remuneración. Y esto siempre que se sostuviese que el dto. 8566/61 es aplicable al SEN, puesto que podría sostenerse que atento a que el SEN tiene una normativa específica (ley y decreto reglamentario) el régimen general cede ante la especificidad del otro plexo normativo.

En cualquier caso una decisión debe imponerse: o se incorpora o se excluye al SEN de las disposiciones generales sobre incompatibilidad por acumulación de cargos.

Repasando brevemente la legislación que rige el SEN, se advierte que la norma del art. 4º del dto. 8566/61 es redundante con la del artículo 23 inc. d) de la ley 20.957²⁰ (Ley del Servicio Exterior de la Nación), que prohíbe percibir otras remuneraciones a cargo de la administración pública nacional, provincial o municipal.

Por su parte, el artículo 24 inc. f) prohíbe a los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación “ejercer la docencia, la que sólo podrá ser autorizada en el ámbito universitario y siempre que no interfiera con la dedicación y el rendimiento debidos a la función específica”

Si las normas (tanto el dto. 8556/61 como la ley 20957) solamente prohíben la acumulación de remuneraciones, entonces, en principio, no prohíben la acumulación de cargos cuando uno de ellos, por ejemplo, es ad-honorem. Pero, al mismo tiempo, la prohibición de la docencia específicamente señalada por la norma del artículo 24 inc. f) (salvo circunstancias particulares) hace pensar en una prohibición genérica de desempeñar cualquier otro cargo o tarea.

Es preciso rever la relación entre el plexo normativo específico del Servicio Exterior de la Nación, y el general sobre acumulación de cargos.

Artículo 5º.- 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

²⁰ Reglamentada por el dto. 1973/86.

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.

La norma parece poner el límite económico a los cargos cuya acumulación se autoriza en el artículo 3º, pero no es aplicable a los cargos electivos. En los casos previstos por la norma no se excluye la acumulación del cargo sino la acumulación de las remuneraciones. La referencia a los gastos de representación, viáticos, movilidad o reintegro de gastos tiene importancia puesto que si bien excluye la percepción de estos conceptos en más de un cargo, no excluye la percepción de remuneración por un cargo y estos rubros por el cargo acumulado. Tiene directa relación con el carácter no retributivo de viáticos, gastos de representación, etc., lo que por otra parte ha sido sostenido en este sentido por la Subsecretaría de la Gestión Pública en más de un dictamen.

Artículo 6º .- Los magistrados judiciales de la Nación y de las Provincias en cualquiera de sus fueros así como los integrantes del Ministerio Público, no podrán impartir la enseñanza secundaria, normal, especial o primaria en establecimientos educacionales dependientes del Poder Ejecutivo Nacional. Igual limitación alcanza a los miembros de los Tribunales de Cuentas de la Nación, Provincias o Municipalidades.

Debe analizarse la consistencia con la compatibilidad establecida para la docencia en el artículo 1º del decreto 1033/01, en la que no se excluye a la docencia no universitaria. Respecto de los magistrados provinciales y municipales la prohibición sería más correctamente expresada si fuese dirigida a aquellos agentes que ejercen la docencia secundaria, normal, especial o primaria en establecimientos educacionales dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, puesto que los magistrados provinciales o municipales se encuentran fuera del ámbito jurisdiccional del P.E.N., aunque las consecuencias son las mismas, el texto está deficientemente redactado. Por otra parte, a partir de la ley federal de educación sería del caso identificar los posibles casos de incompatibilidades en el caso de existir, puesto que podríamos encontrarnos con un conjunto vacío y así perdería importancia práctica la existencia de la norma.

Artículo 7°.- El personal comprendido en el presente no podrá representar o patrocinar a litigantes contra la Nación, o intervenir en gestiones judiciales o extrajudiciales en asuntos en que la Nación sea parte; tampoco podrán actuar como peritos ya sea por nombramiento de oficio o a propuesta de parte en iguales circunstancias. Se exceptúan de estas disposiciones cuando se trate de la defensa de intereses personales del agente, de su cónyuge o de sus parientes consanguíneos o por afinidad en primer grado.

La norma establece una incompatibilidad diferente a la de acumulación de cargos, y es redundante con las establecidas en el reglamento de la función pública, 1797/80 y la ley 25.164.

Artículo 8° .- Las incompatibilidades que se establecen mediante este decreto no excluyen las que especialmente determinen las leyes, decretos y otras disposiciones orgánicas para ciertos servicios, ya sean aquellas de orden moral o funcional.

Tampoco esta norma se refiere a la acumulación de cargos, exclusivamente. Más arriba he mencionado una serie de normas que regulan incompatibilidades (por acumulación de cargos) en actividades o servicios específicos.

CAPITULO II - COMPATIBILIDADES

Artículo 9° .- Como excepción a lo dispuesto en el artículo 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:

- a) que no haya superposición horaria, y que entre el término y el comienzo de una y otra tarea exista un margen de tiempo suficiente para permitir el normal desplazamiento del agente de uno a otro lugar de trabajo, circunstancia que deberá verificar, bajo su responsabilidad, la autoridad encargada de aprobar la acumulación denunciada.(Artículo sustituido por Decreto N° 1412/63²¹)*
- b) que se cumplan integralmente los horarios correspondientes a cada empleo; queda prohibido por lo tanto acordar o facilitar el cumplimiento de horarios especiales o diferenciales, debiendo exigirse el cumplimiento del que oficialmente tenga asignado el cargo. A estos efectos se entiende por horario oficial el establecido por el Poder Ejecutivo Nacional o por autoridad competente para el servicio respectivo.*

²¹ El texto original preveía un tiempo de al menos media hora entre la finalización y el comienzo de una y otra función.

c) que no medien razones de distancia que impidan el traslado del agente de uno a otro empleo en el lapso indicado en a), salvo que entre ambos desempeños medie un tiempo mayor suficiente para desplazarse.

d) (Inciso suprimido por art. 10 del dto. 9667/61 B.O. 2/11/1961²²)

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.

Entiéndese expresamente que las excepciones para acumular cargos son excluyentes entre sí y por tanto el interesado sólo puede ampararse en una de ellas. La circunstancia de encontrarse en determinada alternativa, de hecho elimina la posibilidad de acogerse simultáneamente a otra franquicia.

Las normas de los incisos a), b) y c) establecen, en lo esencial, el mismo límite, los horarios de los cargos que se acumulen deben ser cumplidos íntegramente. En efecto, si los horarios se superponen, o si (sin superponerse) no hay tiempo suficiente para trasladarse de un lugar de trabajo a otro, o si la distancia entre uno y otro lugar de trabajo no hacen posible trasladarse entre la finalización de un horario y el comienzo del otro, o si se acordaran horarios especiales o diferenciales distintos del horario oficial, entonces ambos horarios no podrían ser completados íntegramente.

En cuanto a la primera parte del inciso e) introduce algunos elementos que deben ser analizados por separado. Por una parte incorpora (como el artículo 7º) pautas éticas de comportamiento que con distinta redacción pueden encontrarse en distintos cuerpos normativos. Pero, por otra parte, agrega una limitación para la compatibilidad de cargos, esto es, que los cargos que se ocupan no tengan entre sí una relación de dependencia. Esta norma podría un límite por ejemplo al Director de un centro de Salud que asimismo tenga un cargo de médico de planta, caso que en principio no estaría excluido en aplicación del artículo 10. Igual situación, en caso de entenderse que existe dependencia funcional, podría encontrarse entre quienes ocupan cargos directivos en

²² El texto original disponía: “d) que en ningún caso diariamente el agente en conjunto deba trabajar más de 10 horas.” La Exposición de Motivos, daba razón a esta limitación al sostener: “Que, por decs. 5008/59, 944/60 y 9252/60 se ha fijado el horario oficial para toda la Administración nacional, por lo que es necesario reglamentar el límite máximo que debe autorizarse a un agente para que preste servicios en otras tareas, atendiendo a la necesidad de obtener el mayor rendimiento, dedicación y eficacia en la función, como así también a elementales razones que hacen a la salud del individuo..”

centros educacionales y al mismo tiempo ostentan un cargo docente, circunstancia ésta que no resulta prohibida por el ordenamiento²³.

Artículo 10 .- Los profesionales del arte de curar pueden acumular cargos de esa naturaleza en las condiciones indicadas en el artículo 9º del presente Capítulo.

A los fines de este decreto se consideran profesiones del arte de curar a las desempeñadas por médicos, odontólogos, farmacéuticos (Ley N° 12.921, artículo 1º) y obstétricas.²⁴

La excepción que se establece para los profesionales del arte de curar (lo que incluso normativamente no se limita a los médicos) parece ser un lugar común en la legislación comparada, y está justificado en la naturaleza de la prestación (en muchos casos prestada a través de guardias) y quizás en la necesidad de no poner trabas al nombramiento y desempeño de profesionales de los que depende la salud de la población. Ahora bien, la limitación si bien no está ni para la actividad ni para el número de cargos que puede ocupar, sí se encuentra en el tipo de cargos: solamente está autorizada la acumulación de **cargos de igual naturaleza**.²⁵

Artículo 11.- El agente que posea título universitario, que se desempeñe en cargos reservados exclusivamente a su profesión y resida en centros poblados de menos de TREINTA MIL (30.000) habitantes, podrá acumular otro cargo de igual naturaleza en las Provincias o Municipalidades.

Para toda otra profesión, el agente (con título universitario) que se desempeña en cargos reservados exclusivamente a su profesión, puede acumular otro cargo en las

²³ Véase artículo 1 del dto. 5196/62.

²⁴ Por art. 11 del Dto. 9677/61 B.O. 2/11/1961 se aclara que la enumeración de profesiones del arte de curar contenida en el artículo 10 tiene los alcances fijados para ellas en el apartado c), artículo 2º del Decreto N° 22.212/45 (ratificado por la Ley N° 12.921), y en la Ley N° 13.970.

- Por art. art. 1º del Dto. 1053/90 B.O. 8/6/1990 se incorpora a las disposiciones del artículo 10 a los agentes que desempeñen las actividades de colaboración de la medicina y la odontología, enunciadas en el artículo 42 de la Ley N° 17.132 y en los decretos complementarios dictados en su consecuencia.

²⁵ No obstante, se ha dicho en dictamen de la Dirección Nacional del Servicio Civil, en expediente 51.801/81 (INOS) "Un cargo calificado de auxiliares de los servicios de carácter sanitario o asistencial, puede acumularse a otro **de igual o distinta naturaleza** (Conf. dto. 12.557/55, ratificado por su similar 8566/61 y por la resolución 12.011/62 siempre que no exista superposición horaria" El dictamen se basa en lo dispuesto por el dto. 12.557/55 que con el fin de eliminar una desigualdad del personal auxiliar de los servicios de carácter sanitario (que se no encontraban incluidos entre los profesionales del arte de curar), genera otra desigualdad al extender la compatibilidad no solo a los cargos de igual naturaleza sino de naturaleza diversa.

Provincias o Municipalidades. Se advierte aquí que la posible acumulación se refiere a un solo cargo, mientras que los profesionales del arte de curar no tienen ese límite y a un cargo dependiente no de la Administración Nacional sino de las administraciones provinciales o municipales. Por otra parte, el crecimiento demográfico ha reducido, obviamente, el conjunto de centros poblacionales con menos de 30.000 habitantes. Por otra parte, el achicamiento del Estado ha reducido su presencia en las provincias, por lo que sería del caso analizar si existen en la actualidad agentes de la APN que gocen de esta excepción. A ello debe sumarse que existen normas provinciales (por ejemplo el art. 13²⁶ de la Constitución de la Provincia de Mendoza) que prohíben lisa y llanamente toda acumulación de cargos, aun en diferentes jurisdicciones.

Artículo 12.- A los efectos de este régimen se considera cargo docente la tarea de impartir, dirigir, supervisar u orientar la educación general y la enseñanza sistematizada, así como también la de colaborar directamente en esas funciones, con sujeción a normas pedagógicas y reglamentación previstas en el Estatuto del Docente.

Los cargos docentes deberán estar indefectiblemente precisados en tal carácter en el presupuesto respectivo y comprenden a las actividades referidas a la enseñanza universitaria, superior, secundaria, media, técnica, especial, artística, primaria o de organismos complementarios, ya sea en el orden oficial o adscripto o de institutos civiles o militares; incluidos, además, de los titulares los suplentes o provisorios.

El personal a que se refiere el apartado anterior podrá acumular exclusivamente uno de los siguientes supuestos:

- a) a un cargo docente, otro cargo docente.*
- b) a un cargo docente, hasta doce horas de cátedra de enseñanza.*
- c) veinticuatro horas de cátedra de enseñanza.*
- d) los Directores y Rectores, Vicedirectores y Vicerrectores, Regentes y Jefes Generales de enseñanza práctica, Subgerentes y Secretarios de Distrito de enseñanza primaria, media, técnica superior y artística podrán acumular hasta SEIS (6) horas de clase. No se pueden acumular cargos directivos de escuelas en ninguna rama de la enseñanza de la misma o distinta categoría.*
- e) hasta DOCE (12) horas de cátedra de enseñanza, un cargo no docente.*
- f) a un cargo docente, otro cargo no docente.*

Los rectores de establecimientos de enseñanza secundaria con un solo turno, podrán dictar sus horas de clase dentro del mismo turno.

²⁶ “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 técnico, los del profesorado y comisiones eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles.”

Como se ha dicho, Las normas precedentes establecen las excepciones al régimen general de acumulación de cargos, justificadas en razón de la calidad profesional de los empleados y el modo de ejercicio de este tipo de empleo. Si tal es la justificación material de las excepciones o compatibilidades específicas, se sostendría que los cargos acumulados refieren al mismo tipo de prestación: cargos profesionales se acumulan con cargos profesionales y cargos docentes con cargos docentes. Este parece haber sido el criterio rector en el conjunto de compatibilidades que autorizan los artículos precedentes. Quizás, deba hacerse una mención acerca del carácter docente (o no) de los cargos directivos en establecimientos de enseñanza. Ha sido común tanto en lo legislativo como en lo jurisprudencial, tratar de manera diferente una y otra actividad. En este caso, debería decirse que la ley admite la acumulación de cargos de diversa naturaleza.

De las normas que regulan la acumulación de cargos se realiza un estudio más profundo más adelante.

4. OTRAS NORMAS DE EXCEPCIÓN:

Como ocurrió a su turno con el decreto *1134/32* se han dictado numerosas normas de excepción al régimen de incompatibilidades. Algunas de estas excepciones se engloban (aun dentro de su especificidad) en el ámbito de las establecidas en los artículos 10, 11 y 12 del régimen básico que he comentado someramente más arriba. Así, las excepciones previstas por los decretos 2933/46 (instructores de tiro²⁷), 12.507/50 (cargos técnicos a los médicos veterinarios e ingenieros agrónomos²⁸), 12.557/55 (profesionales auxiliares del Arte de Curar), 2237/62 (docentes universitarios), 3477/63 (personal de academias y entidades subsidiadas por el Estado), 933/71 (docentes universitarios y secundarios en Universidades Nacionales, provinciales o privadas), 2214/84 (ejercicio de la docencia con carácter transitorio²⁹),

²⁷ Según se pudo observar en el Clasificador Institucional, y en el organigrama del Ministerio de Defensa, la tal Dirección General de Tiro y Gimnasia, que se encontraba en la órbita del Ministerio de Defensa, no existe más. A fin de la depuración de las normas referidas a conjuntos vacíos, sería de utilidad conocer si existe algún agente que haya sido nombrado por la tal Dirección.

²⁸ Tiene carácter similar a la regulación del artículo 11 del dto. 8566/61, aunque específico en el caso.

²⁹ El desempeño de cargos docentes transitorios en organismos de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, en cursos de capacitación, actualización o especialización de personal no crea

1033/01 (desempeño de horas de clase o de cátedra) y Resolución SFP n° 16/90 (personal técnico y científico del Instituto Nacional de Prevención Sísmica).

A estas excepciones al régimen general, deben agregarse las siguientes:

1) Integrantes de las Comisiones Argentinas Demarcadoras de Límites (Decreto 7104/48). La norma está referida al personal técnico especializado en funciones del servicio geográfico, autorizando al Presidente de las Comisiones a fijar los emolumentos extraordinarios para el personal referido.

2) Excepción para el personal de hipódromos (Dto. 3601/54).

En los considerandos del dto. que en razón de la nacionalización se colocó al personal de los hipódromos (que en muchos casos tenían cargos a nivel municipal o provincial) en situación de incompatibilidad y que tal circunstancia privaría a los servicios de los hipódromos de una importante cantidad de personal idóneo con el consiguiente perjuicio para las actividades que allí se desarrollaban. Los hipódromos en la actualidad se encuentran privatizados o concesionados, de modo que habría desaparecido la incompatibilidad. Por otro lado, los fondos con se abonan las retribuciones del personal tendrían origen en fuentes privadas y los contratos que rigen las relaciones laborales serían de derecho privado, aplicándose por extensión la doctrina del fallo *Hourquescos*.

3) Excepción (del Régimen de Incompatibilidades) del ejercicio de la labor de gestor de seguros en la Caja Nacional de Ahorro Postal. (Decreto N° 6999 (17-04-56).

La norma ha perdido aplicación regula a un conjunto vacío de casos.

4) Excepción (del Régimen de Incompatibilidades) para los agentes de la Administración Pública Nacional que desempeñen la profesión de taquígrafos. (Decreto N° 21.639 (04-12-56)

La norma encontraba razón en el reducido número de taquígrafos al momento de su dictado. Es cuestión de hecho, la determinación de la subsistencia del supuesto fáctico que funcionaba como fuente material de la norma.

5) Excepción (del Régimen de Incompatibilidades) para el personal de la Administración Pública Nacional que preste servicios como jornalizado por reunión de carreras en el Hipódromo de La Plata. (Decreto N° 5826 (31-05-57)).

Similares consideraciones merece esta norma a la mencionadas respecto del dto. 3601/54

6) Exclusión del personal de la Administración Pública Nacional en días considerados no laborables para la misma. (Decreto N° 15.443 (21-11-57))

Este decreto es consecuencia de la excepción dispuesta para los hipódromos a fin de no generar una situación de desigualdad, puesto que existía personal de la APN en organismos que se desempeñaban en días considerados como no laborables para la misma y que eran titulares de otros puestos en el orden nacional, provincial o municipal.

7) Exclusión del personal de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal que preste servicios o sea designado para ocupar cargos o desempeñar funciones en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. (Decreto N° 11.265 (24-11-61)).

Este personal se encontraba excluido por decreto 14.803/57 que excluía al personal administrativo, técnico-profesional, de servicio y obrero y maestranza de la administración pública nacional, provincial o municipal que debiese ser designado para ocupar cargos o desempeñar funciones en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Tales territorios han sido provincializados, de modo que la norma ha perdido sustento material.

8) Exclusión de los cargos de "Encargados de Estación Meteorológica". (Decreto N° 9006 (04-09-62)).

La excepción, originariamente adoptada por el dto. 26.333/33 se fundaba en que el encargado de estación meteorológica cumplía una tarea limitada y simple, a la que correspondía, en consecuencia, una remuneración exigua, que no bastaría por sí sola para solventar gastos de subsistencia.

9) Excepción de los cargos de tasadores. (Decreto N° 9058 (05-09-62)).

La razón de la excepción se encontraba, según los considerandos del decreto, en que las funciones del tasador no exigían el cumplimiento de un horario determinado en virtud de que la intervención de estos peritos estaba supeditada a factores

circunstanciales y en razón de que las remuneraciones eran solventadas por los prestatarios del servicio. Que, en este sentido –continuaban los considerandos- el cargo de tasador no configuraba en forma plena el ejercicio de un empleo público.

10) Exclusión del artículo 6° del Régimen de Incompatibilidades a los miembros de los Tribunales de Cuentas de las provincias y municipalidades. (Decreto N° 1193 (16-02-65)).

El dto. venía a eliminar la desigualdad que generaba el dto. 9677/61 que excluía a los miembros del Tribunal de Cuentas de la Nación del régimen de acumulación de cargos, excepción que estaba referida al ejercicio de la docencia. El dto. extiende la excepción a los miembros de los Tribunales de Cuentas de las provincias y municipalidades.

11) Levantamiento de la incompatibilidad por acumulación de cargos para la designación de agentes judiciales en Chubut y Santa Cruz. (Decreto N° 4807 (20-10-71)).

La excepción se refiere a los agentes judiciales designados en los distritos que Obras Sanitarias de la Nación poseía en las provincias de Chubut y Santa Cruz.

12) Excepción a los empleados públicos no videntes. (Decreto N° 2286 (03-11-80)).

No se ha encontrado ningún antecedente de esta norma.

13) Excepción para el cargo de Director del Programa de Expansión y Mejoramiento de la Educación Rural. (Decreto N° 69 (15-01-81)).

No se ha encontrado ningún antecedente de esta norma.

14) Excepción para los funcionarios de la Administración Central que desempeñen funciones directivas o de control en Sociedades del Estado, sociedades de economía mixta y sociedades anónimas con participación estatal. (Decreto N° 1019 (06-06-85) (c/ observación legal del TCN)

Ha sido objeto de análisis más arriba.

15) Excepción para los funcionarios de la Administración Pública Nacional que desempeñen funciones directivas o de control en entes societarios con participación estatal. (Decreto N° 898 (27-06-89). (c/ observación legal del TCN).

Ha sido objeto de análisis más arriba.

16) Modificación de la Ley 21.890 en lo relativo a las incompatibilidades de los Escribanos. (Ley N° 23.868 (19-10-90).

El Escribano de Gobierno puede continuar en el ejercicio liberal de la profesión pero no puede intervenir en los actos en que fuera parte el Estado nacional. (artículo 6).

5. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Jurisprudencia sobre incompatibilidad por acumulación de cargos.

1. Dos fallos judiciales, en la causa *Hourquescos, Vicente D. contra Tribunal de Cuentas de la Nación*, uno de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y el otro revocando su decisión, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tienen particular interés para el análisis de la normativa referida a incompatibilidad por acumulación de cargos. En efecto, uno de los puntos problemáticos del régimen normativo en cuestión es el carácter remunerado de las prestaciones funcionales.

En el fallo en cuestión, la CSJN resolvió que *“el desempeño simultáneo de un cargo de la función pública –en el caso, de Fabricaciones Militares- y de director de una sociedad anónima con participación estatal no es incompatible en los términos del decreto 8566/61, pues los fondos con que se abonan los haberes del director de la sociedad no pueden considerarse retribución estatal, sino provenientes de una entidad de derecho privado, en lo que se refiere a su objeto específico y al sistema de incompatibilidad de sus directores –decreto 898/98”*³⁰

Previamente la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, había resuelto que el caso se encuadraba en lo dispuesto por el art. 13 de la ley 12.709 que crea la Dirección General de Fabricaciones Militares. Este artículo dispone:

“Los miembros del directorio y el personal administrativo y técnico no podrán acumular ninguna otra retribución nacional, provincial o municipal, con excepción del profesorado. Si gozaran de sueldo o jubilación nacional, provincial o municipal, o retiro militar, sólo tendrán derecho al cobro de la remuneración máxima”

Sostuvo la Cámara que esta norma prevalecía sobre cualquier otra en razón de su especialidad y jerarquía. En la resolución, la Cámara citó el precedente jurisprudencial

del caso “Díaz Trepat, Francisco c/ Tribunal de Cuentas de la Nación s/Juicio de Conocimiento”. En este caso, la Cámara había entendido que la expresión “retribución nacional” era aplicable a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria.³¹ En un párrafo de particular importancia, se sostuvo: “...la utilización sistemática del derecho privado por la administración... no supone una liberación de la sumisión a la legalidad del derecho público que la Administración alcanza necesariamente por su carácter de organización política. ...que el ordenamiento bajo el cual se desenvuelve...Edesa sea prevalentemente de derecho común, no puede conducir a la conclusión de que dicha sociedad (con un patrimonio exclusivamente estatal) pueda ser considerada una persona privada...”

El argumento del demandante gira en torno al carácter privado del ente (Petroquímica Bahía Blanca), cuya actuación está regulada por la ley de sociedades 19.550. Sostiene, además, que la doctrina administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación es pacífica en negarle calidad de agentes públicos a los directores de sociedades anónimas³² con participación estatal mayoritaria.

La CSJN da razón al demandante, afirmando medularmente: “*Si bien la situación planteada podría considerarse dudosa o controvertida, dada las diversas interpretaciones administrativas (PTN y SiGeN), al momento en que se resolvió el juicio administrativo, el PEN, ya había aclarado expresamente que los directores de aquellas sociedades no se encontraban alcanzados por los diversos regímenes de incompatibilidades vigentes, toda vez que el decreto 898/89 dispone: “Aclárase que las disposiciones sobre incompatibilidades del decreto 8566 del 22 de setiembre de 1961 y de toda otra norma en la materia no son aplicables a los funcionarios de la Administración Pública Nacional central, servicios de cuentas especiales, organismos descentralizados o autárquicos, empresas del Estado y cualquier ente estatal*

³⁰ Revista La Ley, 7 de agosto de 2001, p. 5.

³¹ En el caso, la Empresa de Desarrollos Especiales S.A., tenía capital exclusivamente estatal

³² En este sentido ver: dictámenes: n° 802, expte: 536/82; n° 804, expte: 24.042/82, donde se sostiene: “*Reiterados dictámenes de la PTN han enervado el alcance del art. 2 del dto. 8566/61 y sus modificatorios al establecer que la prohibición de la acumulación de cargos se refiere exclusivamente a cargos públicos, característica ésta que en determinados casos no se verifica en las sociedades anónimas con participación mayoritaria o total del Estado, por encuadrar en una relación de derecho privado. Así el personal subalterno de tales sociedades está encuadrado en el derecho común, razón por la cual se encuentran excluidos del régimen de incompatibilidades. Por otra parte, el referido organismo asesor sostiene que el hecho de que el Estado tenga participación mayoritaria o total no modifica la naturaleza de estas sociedades.*”

dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, que, además, desempeñen funciones directivas o de control en los entes societarios con participación estatal, regidos por ...y ley 19.550....³³”

2. En otro fallo judicial, en autos *“Díaz Trepal, Francisco c/ Tribunal de Cuentas de la Nación s/ Juicio de Conocimiento”*, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo igual postura en sus colegas de la Sala V en el caso *Hourquescos*. Sin embargo, el caso era diferente, la sociedad en que Díaz Trepal era miembro del Directorio (Empresa de Desarrollos Especiales S.A.) era una sociedad cuyo capital era totalmente estatal. El argumento de fondo en este caso se basaba en que la remuneración de Díaz Trepal provenía de fondos estatales y era por tanto lo que el art. 13 de la ley 12.709 mencionaba como “retribución estatal”. En el caso *Hourquescos*, el argumento de la Corte hizo hincapié justamente en ese punto: los fondos con que se retribuía la función del actor en la sociedad eran privados. No obstante, queda subsistente el argumento referido a que *“...la utilización sistemática del derecho privado por la Administración... no supone una liberación de la sumisión a la legalidad de derecho público. De ahí que la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan “iure privato” remite su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también y no puede dejar de serlo, el ámbito interno de las relaciones que conexian a dichos entes con la Administración de la que dependen...”*(del voto del Dr. Carlos Manuel Greco).

6. ANÁLISIS LÓGICO:

6.1 Introducción: El método de análisis elegido.

En los anexos se efectúa un análisis de los sistemas lógicos que pueden resultar en diversos casos tanto los del régimen básico de incompatibilidad (dado por el art. 1 del dto. 8566/61) como de aquellos casos a que dan lugar las normas de excepción. Se acompañan los sistemas para cargos directivos, de control o gerenciales de entes societarios con participación estatal, para cargos electivos, para docentes, para

³³ Es llamativo que la CSJN no haya hecho mención a la observación legal del Tribunal de Cuentas de la Nación, que habría suspendido la vigencia al dto. 898/89, conforme lo establece la Ley de Contabilidad.

profesionales del arte de curar y para profesionales con título universitario en cargos reservados a su profesión.

He utilizado el método de Alchourrón y Bulygin³⁴ para el análisis primario de los sistemas referidos. La idea subyacente en el planteo de los dos profesores argentinos es que los sistemas normativos pueden ser vistos como sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias se encuentra al menos una norma.

La tarea de sistematizar, de este modo, todo el derecho positivo de un país o incluso todo un plexo normativo, es práctica, aunque no lógicamente, imposible. El camino es utilizar lo que podría ser llamado *sistema del caso*³⁵. Así, la tarea comienza por realizar una pregunta sobre el status normativo de una conducta, en nuestro caso: la conducta de acumular cargos públicos. Nos preguntamos si está prohibido, permitido o es obligatorio acumular cargos públicos. Puesto de esta manera, el sistema es inabarcable dado el elevado número de casos en los que tal conducta puede darse dentro de la administración pública. Así, los casos de acumulación de cargos en tareas docentes, poseen diversas propiedades de los casos de acumulación de cargos directivos en entes societarios con participación estatal, y estos distintas propiedades que los casos de acumulación de cargos electivos. Esta limitación práctica más que teórica me ha llevado a distinguir la regulación básica de los casos de excepción y formular cinco sistemas diferentes. Respecto de los plexos normativos para; a) *Instructores de tiro nombrados por la Dirección General de Tiro y Gimnasia*, b) *Inspectores de Menores*, *Miembros de Comisiones Argentinas Demarcadoras de Límites*, c) *Cargos técnicos de médicos veterinarios e ingenieros agrónomos*, d) *Personal de hipódromos*, e) *Profesionales auxiliares del arte de curar*, f) *Gestores de seguros de la Caja Nacional de Ahorro Postal*, g) *profesionales taquígrafos*, h) *Personal que preste servicios jornalizados por reunión de carreras en el Hipódromo de La Plata*, i) *Personal de la Administración Pública Nacional en días no laborables*, j) *Personal Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal que preste servicios en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*, k) *Encargados de Estación Meteorológica*, l) *Tasadores*, m) *Miembros de Tribunales de Cuentas Provinciales o*

³⁴ *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2da reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As., 1993

³⁵ O “sistema del juez”

Municipales, n) Agentes judiciales en Chubut y Santa Cruz, ñ) Empleados públicos no videntes, o) Director del Programa de Expansión y Mejoramiento de la Educación Rural, y p) Personal Contratado en organismos de la Administración Pública Nacional para el desarrollo de investigaciones sobre la misma, se advierte que la aplicación de la metodología de análisis lógico efectuada para los demás casos, carece de interés teórico y práctico. En efecto, estos cuerpos normativos están constituidos por un solo artículo que expresa la excepción.

El otro camino de análisis lógico resultaría de formalizar todas las normas del sistema (asignando variables a cada propiedad y constantes a cada acción) de modo tal que una vez obtenidas todas las normas en conjunción lógica pasemos estas a esquemas normales disyuntivos³⁶. En síntesis podría formalizarse el sistema en una disyunción de conjunciones literales. La enorme desventaja de este método es que no resulta intuitivo y reserva la verificación de algunas propiedades del sistema (consistencia, independencia) a quienes se encuentren más que familiarizados con la lógica formal. Esta es la principal razón por la que lo he dejado de lado. La otra razón es que si bien resultarían de este tipo de análisis problemas tales como la inconsistencia o redundancia del sistema, no resultaría obvio si el sistema es completo o tiene lagunas. No obstante, no debe descartarse su utilización como corroboración del método elegido.

6.2 El sistema del caso:

Nos interesa responder a la pregunta ¿en qué casos un funcionario público puede acumular a su cargo otro u otros?, o en otros términos ¿cuál es el status normativo de la conducta de acumular cargos públicos? Las respuestas a estas cuestiones pueden ser dadas mediante la aplicación del modelo de reconstrucción racional postulado por Alchourrón y Bulygin. No es este el lugar para la explicación detallada del modelo que estos autores postulan baste decir que una pregunta normativa es formulada respecto de una o de varias acciones genéricas con cierta relación temática, y es contestada por el conjunto de normas que se refieren (oblicuamente) a estas acciones. El conjunto de acciones contempladas en las normas con que se construye un sistema normativo, con el fin de responder a la pregunta normativa, es llamado "universo de acciones". La respuesta a la pregunta normativa consiste en la

caracterización deóntica de alguna acción del universo de acciones. La acción que nos interesa es la de “acumular cargos públicos”.

Ahora bien, no es posible responder a esa pregunta sin determinar los casos en que el status normativo de tal acción nos interesa. No basta con decir que se refiere a los cargos públicos, puesto que en este caso el Universo del Discurso (UD)³⁷ sería excesivamente amplio impidiendo el tratamiento práctico de la cuestión. Debemos encontrar una propiedad definitoria del UD que aparezca en todos aquellos casos que nos interesa escrutar. Estos casos son elementos del UD. Ahora bien, se deben encontrar todas aquellas propiedades que puedan estar presentes o ausentes en cada elemento del UD. A ese conjunto de propiedades se lo llama Universo de Propiedades (UP), la combinación de estas propiedades (2^n) nos da el número de casos posibles, a cuyo conjunto se llama Universo de Casos (UC).

Las normas funcionan como enunciados que correlacionan casos con soluciones. La solución es una respuesta satisfactoria a la pregunta normativa (acerca del status normativo de la acción). El conjunto de soluciones completas (que determinan todos los contenidos que corresponden a un Universo de Acciones) se llama Universo de Soluciones Maximales. Las tres soluciones maximales posibles son para nuestro caso: Obligatorio acumular cargos, Prohibido acumular cargos y Facultativo acumular cargos: $US_{max} = \{Oa, Pha, Fa\}$.

Los casos analizados corresponden a:

- 1) Sistema básico para todos los agentes de la APN.
- 2) Agentes de la APN que son designados para ocupar cargos electivos o políticos.
- 3) Agentes de la APN con título universitario que ocupan cargos reservados a su profesión.
- 4) Agentes de la APN que sean profesionales del arte de curar.
- 5) Agentes docentes de la APN.
- 6) Agentes de la APN que ocupan cargos directivos en entes societarios con participación estatal.

³⁶ Ver W.V.O. Quine, *Los métodos de la Lógica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1981, Parte I, Sec. 10.

³⁷ Por Universo del Discurso ha de entenderse el conjunto de situaciones o estados de cosas que poseen cierta propiedad común a la que se llama “propiedad definitoria del UD”.

RÉGIMEN BÁSICO SOBRE ACUMULACIÓN DE CARGOS PÚBLICOS

SISTEMA NORMATIVO SOBRE ACUMULACIÓN DE CARGOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL						
U. DE CA- SOS	UNIVERSO DE PROPIEDADES			NORMAS		
	Re	Ex1	Ex2	Dto. 8566/61	Dto. 41/99	Ley 25.164
				Art. 1	Art.44	Art25
	1	+	+	+	Fa	Fa
2	-	+	+	Fa	Fa	Fa
3	+	-	+	Pha	Fa	Fa
4	-	-	+	Fa	Fa	Fa
5	+	+	-	Fa	Fa	Fa
6	-	+	-	Fa	Fa	Fa
7	+	-	-	Pha	Pha	Pha
8	-	-	-	Fa	Fa	Fa

UNIVERSO DEL DISCURSO:

Incluye todo estado de cosas en que un funcionario o empleado público, entendiéndose por tal al personal de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el presupuesto respectivo incluido en el Presupuesto General de la Nación³⁸, desempeña o es designado en otro cargo público.

UNIVERSO DE PROPIEDADES:

Re/ Cargo remunerado

Ex1/ Se establecen excepciones en el dto. 8566/61

Ex.2/ Se establecen excepciones en otros regímenes legales.

UNIVERSO DE ACCIONES:

a/ Acumular cargos en la APN, Provincial o Municipal.

SISTEMA DE NORMAS:

N1: Artículo 1 del dto. 8566/61

N2: Artículo 44 del Dto. 41/99

N3: Artículo 25 Ley 25.164

OPERADORES DEÓNTICOS:

V: Prohibido.

O: Obligatorio.

F: Facultativo.

ANÁLISIS LÓGICO:

El sistema es inconsistente y redundante. Las normas en consideración requieren el carácter remunerado del cargo público y que no se encuentre incluido en algunas de las excepciones del mismo cuerpo legal (en el caso del decreto 8566/61) o de otras normas de excepción, el Código de Ética de la Función Pública prohíbe la acumulación de cargos remunerados sin perjuicio de las excepciones que establezcan y regulen los regímenes especiales. Iguales condiciones se prevén en el texto del artículo 25 de la ley 25.164.

Así las cosas, el sistema básico entra en contradicción cuando un agente acumula más de un cargo remunerado y tal situación configura un caso de excepción previsto en un régimen diferente al establecido por el dto. 8566/61.

Lamentablemente este caso de contradicción ocurre ante toda excepción no prevista por el dto. 8566/61 y éste es un conjunto, como se ha visto, bastante amplio.

SISTEMA PARA CARGOS ELECTIVOS:

SISTEMA PARA CARGOS ELECTIVOS								
U. De C A S O S		Universo De Propiedades			NORMAS			
		An	Li	Ej	8566/1		862/63	5363/63
					Art. 1	Art. 3	Art. 1	Art. 12
1	+	+	+		Fa	Fa	Fa	
2	-	+	+	Pha				
3	+	-	+	Pha		Fa	Fa	
4	-	-	+	Pha				
5	+	+	-		Fa			
6	-	+	-	Pha				
7	+	-	-	Pha				
8	-	-	-	Pha				

³⁸ Art. 2 Dec. 8566/61

UNIVERSO DEL DISCURSO:

Incluye todo estado de cosas en que un funcionario o empleado público, entendiéndose por tal al personal de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el presupuesto respectivo incluido en el Presupuesto General de la Nación³⁹, desempeña o es designado candidato a miembro de los Poderes Ejecutivos o Legislativos de la Nación o de las Provincias y de las Municipalidades, fuera designado: a) Ministro, Secretario de Estado, Subsecretario y Secretario de la Presidencia de la Nación, de las Provincias y de las Municipalidades. b) Integrante del Gabinete de los Ministros o Secretarios de Estado y de la Presidencia de la Nación, cuyo cargo figure en tal carácter en el respectivo presupuesto. c) Miembro de los cuerpos colegiados que funcionan en la Administración Nacional, Provincial o Municipal.

UNIVERSO DE PROPIEDADES:

An/ Antigüedad mayor a tres años

Li/ Se le hubiere otorgado licencia en el cargo público que desempeña.

Ej./ Pueda ejercer ambas funciones normalmente. (límites previstos en el artículo 9 dto. 8566/61)

UNIVERSO DE ACCIONES:

a/ Acumular cargos

SISTEMA DE NORMAS:

N1: Artículo 1 del dto. 8566/61

N2: Artículo 3 del dto. 8566/61

N3: Artículo 1 del dto. 862/63

N4: Artículo 12 del dto. 5363/63

³⁹ Art. 2 Dec. 8566/61

OPERADORES DEÓNTICOS:

Ph: Prohibido.

O: Obligatorio.

F: Facultativo.

ANÁLISIS LÓGICO:

El sistema elegido resulta contradictorio en el caso 3 en cuanto no se hubiere solicitado u otorgado licencia (requisito exigido por el artículo 3 del dto. 8566/61) pero tal licencia resultara optativa en los casos de las normas N3 y N4, y pudiese cumplir con sus funciones en los términos del artículo 9 del dto. 8566/61.

Las propiedades Li y Ej aunque son independientes lógicamente, carecen de relevancia (una u otra) en algunos casos, por ej. caso 5 (conjunto vacío). Esto no afecta al modelo proporcionado. Son relevantes para el universo de casos pero no lo son para algunos casos particulares. En efecto, en los casos 5 y 6 el agente no puede realizar cumplir dentro de los límites del artículo 9 con ambos cargos, pero ha solicitado licencia sin goce de haberes, por lo que carece de interés la imposibilidad de ejercicio de ambos cargo. Las soluciones son diversas en razón de la antigüedad del agente que en el caso 6 es inferior a los 3 años y por tanto al no ser uno de los casos de excepción previstos en el dto. 8566/61 cae dentro de la prohibición general de su art. 1º.

Por otra parte el sistema es redundante en los casos 1 y 3.

En el caso 1, se trata de un agente que tiene más de tres años de antigüedad y solicita licencia, aunque además puede ejecutar normalmente ambas tareas. El sistema normativo Faculta la acumulación (art. 3, dto. 8566/61 y art. 1 dto: 862/63 y 5363/63).

En el caso 5 en el que el agente con suficiente antigüedad solicita licencia, se le concede, es irrelevante en ese caso que no pueda ejecutar ambas tareas normalmente (puesto que tiene licencia en una de ellas), el art. 3 del dto. 8566/61 permite la acumulación.

El caso 3 es aquel en que el agente tiene más de tres años de antigüedad y no solicita licencia. En los casos en que la licencia es optativa los dtos. 862/63 y 5363/63 autorizan la acumulación. La licencia, en el dto. 8566/61 no es optativa en ningún caso.

SISTEMA JURÍDICO PARA AGENTES CON TÍTULO UNIVERSITARIO QUE DESEMPEÑEN CARGOS RESERVADOS A SU

PROFESIÓN.

SISTEMA PARA AGENTES CON TÍTULO UNIVERSITARIO						
U · D E C A S O S		UNIVERSO DE PROPIEDADES			NORMAS	
		Tu	Cr	Po	DTo.8566/61	
					ART.1	ART.11
					N1	N2
1	+	+	+		FA	
2	-	+	+	PHA		
3	+	-	+	PHA		
4	-	-	+	PHA		
5	+	+	-	PHA		
6	-	+	-	PHA		
7	+	-	-	PHA		
8	-	-	-	PHA		

UNIVERSO DEL DISCURSO:

Incluye todo estado de cosas en que un funcionario o empleado público, entendiéndose por tal al personal con título universitario de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el presupuesto respectivo incluido en el Presupuesto General de la Nación⁴⁰, desempeña o es designado en otro u otros cargos públicos.

UNIVERSO DE PROPIEDADES:

Tu/ Título Universitario

Cr/ Cargo reservado a su profesión.

Po/ Poblaciones de menos de 30.000 habitantes.

UNIVERSO DE ACCIONES:

a/ Acumular cargos o cargo y beneficio previsional

SISTEMA DE NORMAS:

⁴⁰ Art. 2 Dec. 8566/61

N1: Artículo 1 del dto. 8566/61

N2: Artículo 11 del dto. 8566/61

OPERADORES DEÓNTICOS:

V: Prohibido.

O: Obligatorio.

F: Facultativo.

ANÁLISIS LÓGICO:

El sistema es consistente. El único caso en que se establece la permisión es aquél en que el agente posee título universitario, el cargo que se acumula es cargo reservado a la profesión y es una población de menos de 30.000 habitantes.

PROFESIONALES DEL ARTE DE CURAR

SISTEMA DE ACUMULACIÓN DE CARGOS PARA PROFESIONALES DEL ARTE DE CURAR					
U C		Universo de Propiedades		NORMAS	
				8566/61	
				Art.1	Art.10
		Co	Ina	N1	N2
		1	+	+	
2	-	+	Pha		
3	+	-	Pha		
4	-	-	Pha		

UNIVERSO DEL DISCURSO:

Incluye todo estado de cosas en que un funcionario o empleado público, profesional del arte de curar, entendiendo por tal a médicos, odontólogos, farmacéuticos, obstétricas, o agentes que desempeñan tareas de apoyo a la medicina, odontología (art.10 dto. 8566/61, art. 1 dto. 1053/90), personal de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el

presupuesto respectivo incluido en el Presupuesto General de la Nación⁴¹, desempeña o es designado en otro u otros cargos públicos.

UNIVERSO DE PROPIEDADES:

Co/ Compatibilidad horaria

Ina/ Cargo de igual naturaleza.

UNIVERSO DE ACCIONES:

a/ Acumular cargos o cargos.

SISTEMA DE NORMAS:

N1: Artículo 1 del dto. 8566/61

N2: Artículo 10 del dto. 8566/61

OPERADORES DEÓNTICOS:

Pha: Prohibido.

O: Obligatorio.

F: Facultativo.

ANÁLISIS LÓGICO:

El sistema es consistente. Del mismo modo se puede notar que la eliminación de la norma genérica transformaría al sistema en independiente y consistente. Las propiedades del universo de casos resultan las únicas relevantes. La Propiedad llamada "compatibilidad horaria" refiere básicamente a que los horarios de los cargos que se acumulen deben ser cumplidos íntegramente. En efecto, si los horarios se superponen, o si (sin superponerse) no hay tiempo suficiente para trasladarse de un lugar de trabajo a otro, o si la distancia entre uno y otro lugar de trabajo no hacen posible trasladarse entre la finalización de un horario y el comienzo del otro, o si se acordaran horarios especiales o diferenciales distintos del horario oficial, entonces ambos horarios no podrían ser completados íntegramente. De allí que la existencia de esta propiedad en cada caso implica que los horarios no se superponen, hay tiempo suficiente para trasladarse de un lugar de trabajo a otro, la distancia entre uno y otro lugar de trabajo hace posible trasladarse entre la finalización de un horario y el comienzo del otro, no se acordaron horarios especiales o diferenciales distintos del horario oficial.

⁴¹ Art. 2 Dec. 8566/61

SISTEMA DE ACUMULACIÓN DE CARGOS PARA DOCENTES

SISTEMA NORMATIVO SOBRE ACUMULACIÓN DE CARGOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL EN EL CASO DE DOCENTES															
UNIVERSOS DE CARGOS	Universo de Propiedades				Normas										
	Cdi	Cdo	Cnd	Lih	Art 1	Dto. 8566/61						Dto: 5196/62			
						Art. 12						Art. 1			
						Inc. a	Inc b	Inc c	Inc d	Inc e	Inc f	Inc a	Inc b	Inc c	Inc d
1	+	+	+	+	Pha										
2	-	+	+	+	Pha										
3	+	-	+	+	Pha										
4	-	-	+	+						Fa ⁴²	Fa				
5	+	+	-	+	Pha										
6	-	+	-	+		Fa	Fa ⁴³	Fa ⁴⁴						Fa ⁴⁵	Fa ⁴⁶
7	+	-	-	+									Fa ⁴⁷		
8	-	-	-	+				Fa ⁴⁸				Fa ⁴⁹		Fa ⁵⁰	Fa ⁵¹
9	+	+	+	-	Pha										
10	-	+	+	-	Pha										
11	+	-	+	-	Pha										
12	-	-	+	-						Fa					
13	+	+	-	-	Pha										
14	-	+	-	-		Fa									
15	+	-	-	-	Pha										
16	-	-	-	-	Pha										

EXPLICACIÓN DEL CUADRO PARA DOCENTES

A los fines de este trabajo he entendido al dictado de horas de cátedra o de enseñanza como equivalentes a "cargo" con limitación horaria. En rigor, ambos conceptos son diferentes, se puede tener un cargo docente sin horas de cátedra y viceversa. No obstante a los fines de la acumulación resulta conveniente equiparlos. La distinción puede apreciarse en normas como la expresada por el inc. b) del artículo 12 del dto. 8566/61, que dispone la facultad de acumular "cargo docente con hasta doce

⁴² Hasta 12 horas.

⁴³ Hasta 12 horas.

⁴⁴ Hasta 24 horas.

⁴⁵ Hasta 24 horas.

⁴⁶ Hasta 24 horas.

⁴⁷ Hasta 6 horas.

⁴⁸ Hasta 24 horas.

⁴⁹ Hasta 36 horas.

⁵⁰ Hasta 24 horas.

⁵¹ Hasta 24 horas.

horas de cátedra de enseñanza". En este caso, como en algunos otros, se ha entendido como un supuesto de acumulación de cargos. No parece errado hacerlo de esta manera puesto que en uno u otro caso existe una relación de empleo público y se encuentra englobada en el ámbito de las normas sobre acumulación de cargos.

UNIVERSO DEL DISCURSO:

Incluye todo estado de cosas en que un funcionario o empleado público docente, entendiéndose por tal (según artículo 12 dto. 8566/61) al personal que tiene por tarea impartir, dirigir, supervisar u orientar la educación general y la enseñanza sistematizada, así como también colaborar directamente en esas funciones, con sujeción a normas pedagógicas y reglamentación previstas en el Estatuto del Docente, de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el presupuesto respectivo incluido en el Presupuesto General de la Nación⁵², desempeña o es designado en otro u otros cargos públicos docentes, no docentes o directivos o para impartir horas de cátedra en establecimientos de enseñanza.

UNIVERSO DE PROPIEDADES: Los casos que analizo en el cuadro correspondiente deben poseer las siguientes propiedades o sus negaciones.

Cdi/ Cargo Directivo

Cdo/ Cargo docente

Cnd/ Cargo no docente.

Lih/ Dentro del límite horario

UNIVERSO DE ACCIONES:

a/ Acumular cargos.

SISTEMA DE NORMAS:

Las normas que se deben considerar son las siguientes:

N1: Artículo 1 del dto. 8566/61

N2: Artículo 12 del dto. 8566/61, inc. a

⁵² Art. 2 Dec. 8566/61

N3: Artículo 12 del dto. 8566/61, inc. b

N4: Artículo 12 del dto. 8566/61, inc. c

N5: Artículo 12 del dto. 8566/61, inc. d

N6: Artículo 12 del dto. 8566/61, inc. e

N7: Artículo 12 del dto. 8566/61, inc. f

N8: Artículo 1 dto: 5196/63, inc. a

N9: Artículo 1 dto: 5196/63, inc. b

N10: Artículo 1 dto: 5196/63, inc. c

N11: Artículo 1 dto: 5196/63, inc. d

OPERADORES DEÓNTICOS:

V: Prohibido.

O: Obligatorio.

F: Facultativo.

ANÁLISIS LÓGICO:

El sistema resulta, conforme el cuadro más arriba elaborado, inconsistente y redundante. Es redundante en los casos 4, 6, 8, 12, 14 y 15, casos en que el docente acumula otro cargo docente o no docente dentro de los límites horarios establecidos por los incisos, b), c) y f) del art. 12 del dto. 8566/61. Estos cada vez que ocurre son redundantes con los incisos a) y f) del mismo artículo. Además el sistema entra en contradicción parcial cada vez que se acumula un cargo docente a otro docente o no docente más allá del límite horario impuesto por los incisos mencionados. Adviértase que los incisos b), c) y d) no funcionan como excepciones (en el texto del decreto) a los incisos a) y f). Al haber diversos límites, hay casos que pueden caer dentro de un límite pero no de otro (por ej. docente con 30 horas de enseñanza). Esta contradicción, total-parcial (en términos de Alf Ross⁵³)

En esta elaboración y bajo el universo de casos determinado por estas propiedades, no hay lagunas normativas, puesto que el artículo 1 del decreto 8566/61 funciona como una prohibición general para todos los casos que no son excepcionales, de allí que para los casos determinados por las propiedades tomadas en cuenta (casos: 1/3, 9/11, 13 y 16) las normas de excepción no proporcionan solución, caen dentro de la

⁵³ Ver. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. EUdeBA, Buenos Aires, Cap. 4.

prohibición general del artículo 1 dto. 8566/61.

Particularmente:

El caso 1.

Está referido a aquel funcionario que acumula a un cargo docente, otro cargo docente, un cargo directivo y un cargo no docente y está dentro del límite horario. El caso, independientemente de que se trate de un conjunto vacío, no resulta lógicamente contradictorio y es lógicamente posible. El caso no está previsto por ninguna norma de excepción por tanto cae dentro de la prohibición general del art. 1 del dto. 8566/61.

El caso 2.

Está referido a aquel funcionario que acumula a un cargo docente, otro cargo docente y un cargo no docente y está dentro del límite horario. El caso, no resulta lógicamente contradictorio y es lógicamente posible. El caso no está previsto por ninguna norma de excepción por tanto cae dentro de la prohibición general del art. 1 del dto. 8566/61.

El caso 3.

Está referido a aquel funcionario que acumula a un cargo docente, un cargo directivo y un cargo no docente y está dentro del límite horario. El caso, no resulta lógicamente contradictorio y es lógicamente posible. El caso no está previsto por ninguna norma de excepción por tanto cae dentro de la prohibición general del art. 1 del dto. 8566/61.

El caso 4.

Se refiere al docente que acumula además un cargo no docente, recuérdese que hemos considerado al dictado de horas de cátedra como "cargo" docente con limitación horaria. Puede verse que el caso se encuentra regulado por dos normas, los incisos, e y f del art. 12 del dto. 8566/61 y que ambas disposiciones autorizan con diverso alcance esta acumulación. En este sentido podría decirse que el sistema es redundante para el caso 4, y sería recomendable su modificación. No obstante, como existe una diferencia (aunque no ha sido considerada en el cuadro) conceptual entre "horas de cátedra" y "cargo docente" debe prestarse atención a este punto en una futura reforma.

El caso 5.

Está referido a aquel funcionario que acumula a un cargo docente, otro cargo docente y un cargo directivo y está dentro del límite horario. El caso, no resulta

lógicamente contradictorio y es lógicamente posible. El caso no está previsto por ninguna norma de excepción por tanto cae dentro de la prohibición general del art. 1 del dto. 8566/61.

El caso 6.

Probablemente sea el caso paradigmático de acumulación de cargos en lo que a docentes se refiere; lo que por otra parte explica que tantas normas se refieran de manera redundante al caso. El inc. a del artículo 12 del dto. 8566/61 establece la compatibilidad para acumular a un cargo docente otro cargo docente. Las demás disposiciones prescriben límites horarios para la acumulación, lamentablemente no son uniformes los límites establecidos, como muestran las notas a cada límite.

El caso 7.

Se refiere al docente que acumula un cargo directivo, el sistema se muestra en este caso independiente y consistente. Debe aclararse en el caso que el cargo docente está referido a horas de cátedra de enseñanza.

El caso 8.

Este caso no se refiere a la acumulación de cargos docentes con no docentes o directivos, sino a la acumulación horaria de un cargo docente. Se puede advertir que si bien la acumulación está permitida, lo está con diversos límites. Los inc. c del art. 12 del dto, 8566/61, c y d del dto. 5196/63 establecen un límite de 24 horas, el inc. a del dto. 5196/63 establece un límite de 36 horas.

Los casos 9 a 16.

Recaen la prohibición genérica del art. 1 del dto 8566/61, la razón es que se excede el límite horario. Los casos 12 y 14 regulados permisivamente por los incs. a y f del dto. 8566/61.

Es del caso aclarar que existe una diferencia entre tener un cargo docente y tener horas de clase u horas de enseñanza. Mientras quien tiene un cargo docente (y esa es una propiedad del universo del discurso) no puede acumular un cargo directivo (puesto que no existe ninguna norma permisiva expresa y existe una norma prohibitiva genérica), quien tiene horas de enseñanza u horas de clase puede acumular un cargo directivo. De hecho es más correcto expresarlo del siguiente modo: quienes tienen cargos directivos pueden acumular hasta 6 horas de docencia, pero no pueden acumular

un cargo docente. Estas distinciones deberían ser aclaradas en un futuro régimen.

El caso 15, un docente acumula un cargo directivo y tiene un conjunto de horas que excede el límite horario.

El caso 16 podría ser entendido del siguiente modo: responde a un docente que no acumula más de un cargo sino horas por encima de los límites establecidos por los dtos. 8566/61 y 5196/62. Este resultaría un caso prohibido por el artículo 1 del dto. 8566/61.

SISTEMA DE ACUMULACIÓN DE CARGOS PARA DIRECTIVOS DE EMPRESAS O SOCIEDADES DEL ESTADO O CON PARTICIPACIÓN ESTATAL

SISTEMA PARA DIRECTIVOS DE EMPRESAS O SOCIEDADES DEL ESTADO O CON PARTICIPACIÓN ESTATAL							
		UNIVERSO DE PROPIEDADES			NORMAS		
					8566/61	1019/85	898/89
					Art.1	Art.1	Art.1
		Re	Di	Ms	N1	N2	N3
U. DE C A S O S	1	+	+	+	Pha	Fa	Fa
	2	-	+	+		Fa	Fa
	3	+	-	+	Pha		
	4	-	-	+			
	5	+	+	-	Pha		Fa
	6	-	+	-			Fa
	7	+	-	-	Pha		
	8	-	-	-			

UNIVERSO DEL DISCURSO:

Incluye todo estado de cosas en que un funcionario o empleado público, entendiéndose por tal al personal de la administración central, entidades descentralizadas, empresas del Estado, Bancos Oficiales, haciendas paraestatales, servicios de cuentas especiales, planos de obras y construcciones, servicios de obras sociales de los Ministerios y sus dependencias o reparticiones, academias y organismos subsidiados por el Estado y, en general, al de los organismos y empresas cuya administración se halla a cargo del Estado Nacional, esté o no el presupuesto respectivo incluido en el

Presupuesto General de la Nación⁵⁴, que desempeña o es designado en un cargo gerencial, directivo o de control de empresas del estado, sociedades del estado o con participación estatal.

UNIVERSO DE PROPIEDADES:

Re/ Cargo Remunerado

Di/ Cargo gerencial, directivo o de control de empresas del estado, sociedades del estado o con participación estatal

Ms/ Empresas o sociedades Dentro del ámbito del Ministerio o Secretaría a la que pertenezca el funcionario.

UNIVERSO DE ACCIONES:

a/ Acumular cargos o cargo y beneficio previsional

SISTEMA DE NORMAS:

N1: Artículo 1 del dto. 8566/61

N2: Artículo 1 del dto. 1019/85

N3: Artículo 1 del dto. 898/89

OPERADORES DEÓNTICOS:

Ph: Prohibido.

O: Obligatorio.

F: Facultativo.

ANÁLISIS LÓGICO:

El sistema es contradictorio y redundante. Es contradictorio con el régimen general del dto. 8566/61 en los casos 1, y 5. A estos efectos, cabe recordar que el sistema básico solamente prevé las excepciones del propio cuerpo legal establecido en el dto. 8566/61, así, el decreto 898/89 es contradictorio con el sistema básico en el caso 5.

El sistema no es independiente en los casos 1, 2, en que dos o más de estas normas prevén iguales soluciones. Esto es, el sistema es redundante.

El caso 1 es aquel en que el agente ocupa un cargo remunerado en la Dirección de una Empresa o Sociedad Estatal o con participación social mayoritaria. Mientras que el sistema básico prohíbe la acumulación, los decretos 1019/85 y 898/89 facultan la

⁵⁴ Art. 2 Dec. 8566/61

acumulación. Circunstancia similar se presenta en el caso 2, aunque ahora el dto. 8566/61 según reiterada interpretación (Caso Hourquescos) no prohíbe la acumulación. Los casos 3,4,7 y 8 son casos no regulados por los decretos 1019/85 y 896/89 y consecuentemente se mantiene la prohibición de las regulaciones básicas. Los casos 5 y 6 son similares a los casos 1 y 2 en cuanto a las prohibiciones del régimen básico y en cuanto a la permisión del dto. 898/89, sin embargo al no encontrarse la empresa o sociedad estatal dentro del ámbito del ministerio o secretaría en que se desempeña el agente, el dto. 1019/85 en su artículo 1 no establece regulación alguna, manteniéndose en este caso la prohibición básica.

CONCLUSIONES :

1. EL SISTEMA BÁSICO:

De las matrices de casos desarrolladas más arriba, se pueden obtener diversos elementos útiles a los fines de encarar una reforma fructífera del sistema de incompatibilidades por acumulación de cargos en la administración pública nacional.

Según se puede advertir el sistema básico establecido por el artículo 1 (dto: 8566/61), 44 (dto. 41/99) y 25 (ley. 25.164) resulta redundante e inconsistente.

La redundancia o falta de independencia de un sistema constituye para los sistemas normativos un mal menor: consiste en la existencia de más de una norma que establecen la misma solución normativa para el mismo caso; o más gruesamente regulan del mismo modo igual conducta.

La inconsistencia es un vicio de gravedad: consiste en la regulación contradictoria de una misma conducta. Hay una cantidad de consideraciones importantes sobre la noción de contradicción y el uso de ellas que hacen los juristas. Si el sistema normativo se reconstruye teóricamente como una unidad y se acepta que entre los elementos que lo componen (normas) existen relaciones lógicas, entonces no parece que pueda evitarse la “expansión” de la contradicción a todo el sistema. La cuestión puede ser presentada gruesamente del siguiente modo: si un enunciado condicional (las normas –si no son categóricas- son enunciados condicionales) es

verdadero toda vez que su antecedente es falso y toda enunciado contradictorio es un enunciado falso en todas sus interpretaciones, entonces de un enunciado contradictorio se puede derivar todo enunciado.

Así, es habitual, respecto de los conjuntos de normas, cuando menos en la tradición positivista, postular una relación de jerarquía entre los elementos (las normas) que pertenecen a un mismo conjunto. De modo tal que esa propiedad no sólo, de poseerse, integra el elemento al conjunto, sino que caracteriza la estructura del mismo⁵⁵. Esta tesis, por cierto muy difundida, lleva a reconstruir el derecho positivo de un país no sólo como un mismo conjunto (lo que no es criticable) sino, y esto es mucho más fuerte, como un mismo y único sistema. Si, como se acepta en esta tradición, un elemento para pertenecer al sistema precisa poseer, aunque sea como condición suficiente, alguna de estas dos propiedades: legalidad⁵⁶ o deducibilidad⁵⁷, entonces (y esto no es extraño) el conjunto está formado por un número infinito de elementos, esto es, un conjunto infinito de normas. Algunos pueden pertenecer al sistema por poseer la propiedad de legalidad y otros por ser deducibles lógicamente de otras normas. No obstante, se suele sostener, sin condicionamiento o limitación alguna, que entre las normas de, por ejemplo, el derecho argentino existen relaciones lógicas. En rigor se está diciendo que entre todas las normas del derecho argentino hay relaciones lógicas, y esto lleva, según pienso, a consecuencias no deseadas y rechazadas por los juristas y por los prácticos del derecho. En esta senda, el derecho podría ser visto como un conjunto de enunciados válidos de derecho entre cuyas consecuencias lógicas se encuentra, al menos, una norma. Esta reconstrucción del derecho como sistema deductivo de enunciados, como es archiconocido, fue propuesta por primera vez por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin⁵⁸.

⁵⁵ Sin embargo, La propiedad relacional que caracteriza la estructura del conjunto puede ser distinta de la propiedad que lo hace pertenecer al mismo. Así, como propone Caracciolo (ver *El sistema jurídico: problemas actuales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988), algunas normas a las que llama "independientes" no poseen las mismas propiedades de otras (dependientes), en tanto su pertenencia al conjunto se establece por la posesión de alguna otra propiedad requerida por un criterio extrasistemático de pertenencia. Las normas dependientes pertenecen al sistema si poseen alguna propiedad intrasistemática (v.g.: legalidad o deducibilidad).

⁵⁶ Esta condición exige, en una formulación básica, que la creación de la norma haya sido autorizada por otra norma perteneciente al sistema.

⁵⁷ Esta condición exige que la norma sea derivación lógica de alguna otra norma perteneciente al sistema.

⁵⁸ Alchourrón, Carlos y Bulygin Eugenio, *Normative Systems*, Springer-Verlag, Wien, 1971. Cito en este

En contra de esta aproximación al estudio del derecho se han alineado, entre otros, los profesores Lindhal y Atienza⁵⁹, quienes han presentado un argumento contra de la reconstrucción como sistema deductivo formulada por aquellos autores⁶⁰. Así, dicen, si de un sistema deductivo inconsistente es derivable toda fórmula bien formada en el sistema y si en todo sistema jurídico se pueden verificar inconsistencias, entonces en todo sistema jurídico se puede derivar cualquier norma.

Esta conclusión tiene varias consecuencias contraintuitivas. Si toda norma es derivable del sistema inconsistente en cuestión, entonces pertenecerán a él tanto la prohibición como la permisón de toda conducta posible (la prohibición y permisón de una misma conducta parece ser el paradigma de la noción intuitiva de contradicción normativa). Y si esto es así, el sistema no podrá cumplir su finalidad de dirigir conductas y será, por tanto, inaplicable. En particular, este modo de presentar el problema parece poner frente a frente a dos intuiciones fuertes de los juristas, una es aquella de que entre normas hay relaciones lógicas, la otra es aquella de que aun los sistemas inconsistentes pueden cumplir con su función de dirigir conductas.

Es claro que los juristas no reconstruyen los sistemas normativos de modo que la existencia de una contradicción haga impracticable el conjunto de normas. Más bien, luego de buscar soluciones exegéticas que intentan encontrar una interpretación no contradictoria de las dos normas. Si tal interpretación no es posible, entonces “encapsulan” la contradicción reduciendo su posible referencia, esto es, reduciendo el ámbito de validez material de las normas contradictorias.

En el sistema básico sobre incompatibilidad por acumulación de cargos la contradicción se expande a todo caso de excepción que no esté previsto por el régimen original del artículo 8566/61. Esto hace contradictorio el sistema básico en un número

trabajo la versión castellana de los autores, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

⁵⁹ Lindhal, Lars, “Conflicts in systems of legal norms”, ponencia presentada en el III Congreso de Filosofía Jurídica y Social, A.AF.D., Buenos Aires, 1991. Atienza, Manuel, “Sobre los límites de la lógica en el derecho”, en *Theoria*, - segunda época, Vol.VII, 1992, N_16-17-18, tomo B, págs.1007-1018.

⁶⁰ De igual modo, epígonos de la Teoría de la argumentación jurídica, o estudiosos de la Tópica como Robert Alexy, Neil MacCormick, Chaim Perelman, Viehweg, e incluso Stephen Toulmin, han dirigido numerosos ataques en contra de la aplicabilidad de la lógica al razonamiento jurídico. Muchos de estos ataques se han centrado en problemas a los que lleva, en el ámbito de tal razonamiento, la aceptación de leyes lógicas como la de refuerzo del antecedente y debilitamiento del consecuente de un condicional

mayoritario de casos. Por tomar un ejemplo: los taquígrafos, se encuentran excluidos del régimen de incompatibilidad en virtud del dto. **Decreto N° 21.639 (04-12-56)** (Ratificado por Resolución N° 38/73 S.G.P.N.), conforme el artículo 1 del dto. 8566/61 se encuentran incluidos en las incompatibilidades puesto que no se encuentran entre las excepciones previstas en el mismo decreto y por otra parte se encuentran exceptuados de las incompatibilidades conforme los textos de los artículo 44 del dto 41/99 y 25 de la ley 25.164.

Según parece resultar de la redacción del artículo 1 del dto. 8566/61 y de su exposición de motivos, se esperaba terminar con el defecto que había llevado a la inoperatividad del dto. 1134/32: la ingente creación de excepciones al régimen básico. En efecto, así se lo explica allí:

Que por otra parte corresponde rever el régimen sobre incompatibilidades que estableció el Decreto N° 1134 del 23 de marzo de 1932, medida que articuló los principios generales que se estimaron entonces necesarios para regular el desempeño de más de un cargo.

Que en la actualidad el sistema, que resulta de las variantes que ha sufrido el decreto original a través de 27 años de aplicación, es totalmente inorgánico, ya que existen en vigor más de doscientas disposiciones que lo amplían, complementan, modifican o aclaran, consistentes en decretos, resoluciones, interpretaciones y dictámenes.

Que asimismo es necesario adecuar a normas y preceptos ciertas condiciones inherentes a las acumulaciones de cargos, o de éstos con beneficios jubilatorios o retiros.

Que en consecuencia procede dejar sin efecto muchas excepciones o interpretaciones que no tienen justificación ni actualidad, así como es necesario consagrar principios para definir situaciones no reglamentadas al presente.

De allí que se esperase lograr un régimen que resistiese a las ampliaciones, modificaciones, y básicamente a las excepciones. La pertinencia de este trabajo es evidencia de lo infructuoso del intento.

2. EL SISTEMA DE CARGOS ELECTIVOS

El sistema se presenta inconsistente con la introducción de las reformas de los dtos. 862/63 y 5363/63 que facultan al agente a pedir licencia en lugar de la obligación que estipula el artículo 3° del dto. 8566/61. Bien se puede decir, al menos en el caso del dto. 5363/63 que la licencia sólo puede ser solicitada mientras no se haya accedido al cargo al que se es candidato, lo cierto es que la norma no establece esa limitación.

Los motivos se vuelven evidentes en el caso del dto. 862/63 puesto que en su momento los cargos a los que se refiere la norma (*cargos electivos en el orden municipal: Concejal o Consejero Escolar*) eran ejercidos *ad honorem*.

4. SISTEMA PARA AGENTES CON TÍTULO UNIVERSITARIO EN CARGOS RESERVADOS A SU PROFESIÓN:

El sistema es muy simple, las normas en cuestión están expresadas en los artículos 1 y 11 del dto. 8566/61. El primero establece la prohibición general para acumular cargos, el segundo establece una excepción bajo tres condiciones necesarias: 1- que se posea título universitario, 2- que se ejerzan cargos reservados a la profesión, 3- que las poblaciones en que se ejerzan tengan menos de 30.000 habitantes. Es entonces claro, asumiendo que el sistema está compuesto por estas dos normas que existe un solo caso de facultamiento: cuando las tres condiciones se dan. En todos los demás casos (si estas son las únicas propiedades en juego y si esas son las normas del sistema) la acumulación se encuentra prohibida. El sistema es consistente y completo.

5. SISTEMA PARA PROFESIONALES DEL ARTE DE CURAR.

Iguales consideraciones que para los cargos agentes que posean título universitario, que se desempeñen en cargos reservados exclusivamente a su profesión y residan en centros poblados de menos de 30.000 habitantes.

Las condiciones también son similares se pueden acumular cargos de profesionales del arte de curar bajo el supuesto de compatibilidad horaria e igual naturaleza del cargo. Son condiciones necesarias para autorizar la acumulación. El sistema es consistente (bajo el supuesto de que estas sean las únicas propiedades en juego y esas las únicas normas a considerar) y completo.

6. SISTEMA PARA CARGOS DOCENTES:

El sistema para agentes que ocupen cargos docentes se presenta como particularmente complejo. Es un sistema aparentemente consistente. En el cuadro se ha preferido no representar los conflictos sino en términos de notas al pie a fin de no perder de vista lo general del sistema.

Los conflictos no aparecen reflejados en distintas caracterizaciones deónticas y en consecuencia no son contradicciones, en términos de Alf Ross, totales-totales sino totales-parciales. Las diferencias, básicamente, surgen de los distintos límites horarios o de la falta de límites horarios establecidos por las diferentes normas.

También debe aclararse que el sistema ha sido presentado desde el punto de vista de un agente público que ejerce un cargo docente. El único caso, quizás, no cubierto es el de quien no tiene un cargo docente y solamente tiene horas de clase o de enseñanza. La primera pregunta que se podría formular es si podría haber incompatibilidad de cargos en el caso de quien no tiene cargo alguno. La respuesta es necesariamente negativa. Y por ello el caso no es problemático, por lo menos, a los fines de este trabajo. En estos casos, que no podría tomarse en el mismo sentido de incompatibilidad por acumulación de cargos, la única propiedad relevante en la situación resultaría ser el cumplimiento del límite horario. Pero, no está claro cuál sea el límite horario, el decreto 8566/61 dice 24 horas, el dto. 5196/62 establece 36 hs.

7. SISTEMA PARA DIRECTIVOS DE EMPRESAS O SOCIEDADES DEL ESTADO:

El sistema de agentes de la administración que ocupen además cargos directivos o de control en entes societarios con participación estatal, es simple y contradictorio con el régimen básico. La norma del dto. 898/89 es un mal complemento o una mala aclaración del dto. 1019/85. En primer lugar la norma del dto. 1019/85 establece la compatibilidad para el caso en que la Secretaría o Ministerio al que pertenezca el funcionario tenga competencia

8. CONCLUSIONES GENERALES:

8.1. Como colofón de este informe es pertinente elaborar algunas conclusiones generales que sirvan de base a las recomendaciones, que también se solicitan, a fin de elaborar un nuevo régimen de incompatibilidades.

El sistema previsto por el dto.8566/61, en general consistente y adecuado a las legislaciones modernas en la materia, venía a resolver uno de las cuestiones más incómodas de la organización administrativa. En efecto, desde el dictado del dto.1134/32 que en no más de 13 artículos regulaba la cuestión, se habían dictado (hasta 1961) más de 200 disposiciones modificando el conjunto original de normas.

El resultado de esta actividad legislativa e interpretativa del régimen legal provocó en un lapso corto que el entendimiento y aplicabilidad de las normas en cuestión resultara asaz problemática. Cuestión llamativa puesto que el conjunto de normas originales era convenientemente simple y resolvía de modo llano algunos casos que se han vuelto de solución engorrosa al aplicar el régimen ahora en estudio. Probablemente, en consideración a las materias que era objeto de atención en el antiguo decreto, fue dictado estableciendo una prohibición general y una sola excepción: los cargos docentes. De hecho, 10 de los 11 artículos de fondo se refieren al caso docente, aclarando quienes no pueden desempeñar esos cargos, a quienes se considera “docente”, a cuantas horas de enseñanza equivale un cargo, etc. Para cualquier otra actividad regía el artículo primero que llanamente disponía:

“Una misma persona, no podrá desempeñar más de un empleo sea éste nacional, provincial o municipal, salvo los casos que especifica el presente decreto.

Los empleados o funcionarios de la administración nacional y de las reparticiones autónomas, que tenga más de un puesto deberán presentarse a los respectivos ministerios, dentro de los quince (15) días de publicado el presente decreto, denunciando los cargos que desempeñen, bajo pena de declarárseles cesantes en todos los puestos que dependan de la administración nacional, en caso de incumplimiento”

Ahora que se ha revisado en extensión el dto. 8566/61 podemos comparar resultados en un plazo un poco mayor. Seguramente el conjunto de disposiciones a que ha dado lugar el dto. 8566/61 es bastante mayor. El número de dictámenes administrativos, sea de la Procuración del Tesoro de la Nación, de la Secretaría de Gestión Pública, de la Sindicatura General de la Nación (en algunos casos no coincidentes) exceden en mucho ese número. La cuestión ha dado lugar a fallos judiciales y ha llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; finalmente las normas de excepción fueron mantenidas con posterioridad a 1961.

En cuanto a normas de excepción, lo que parece ser cierto es que la mayoría de las actividades que estaban exceptuadas en el régimen del dto. 1134/32 continuaron exceptuadas por vía de ratificación luego de la reforma del dto. 8566/61. Así, la tarea que venía a cumplir esta nueva legislación: ordenar el sistema normativo, limitar la acumulación, reducir el conjunto de excepciones, etc., quedó incumplido. De este modo, excepciones tales como las de los instructores de tiro nombrados por la Dirección General de Tiro y Gimnasia, los inspectores de menores, las comisiones argentinas demarcadoras de límites, los cargos técnicos de los médicos veterinarios e ingenieros agrónomos, el personal de hipódromos, los gestores de seguros en la Caja Nacional de Ahorro Postal, mantuvieron su vigencia en virtud de resoluciones ministeriales o decretos del PEN. A las excepciones anteriores se agregaron nuevas producto de los vaivenes políticos y económicos posteriores. En general, parece haberse mantenido una política de excepción, difícilmente justificable.

Sin embargo, el régimen original que sólo contemplaba la excepción de los cargos docentes, como en su momento el régimen del dto. 8566/611 ahora en análisis,

que contemplaba las excepciones de cargos docentes, médicos y profesionales, no son ni cuerpos legales arcaicos ni cuerpos legales contradictorios. El manejo posterior que de estos sistemas se ha hecho ha agregado confusión y tornado los sistemas redundantes o contradictorios. Recuérdese en este punto que la ley 11.709 estableció los criterios sobre los que debería dictarse una reglamentación sobre acumulación de cargos. Los criterios: a) estructura de un nuevo régimen restrictivo que solamente responda a necesidades ineludibles de los servicios y que tienda a evitar la acumulación de cargos, b) un control riguroso de su aplicación, c) un régimen especial para retirados y jubilados, d) severas sanciones por omisión o falsedad en las correspondientes declaraciones juradas; no fueron, como se puede advertir al tiempo, suficientemente o adecuadamente cumplidos.

Los regímenes mencionados (1134/32 y 8566/61) son entre ellos consistentes. En cuanto al ámbito de validez personal de estas normas se puede advertir que intentan abarcar a todo agente de la Administración Pública Nacional. Así, ambos cuerpos legales comienzan con textos ampliamente abarcativos: *“Una misma persona, no podrá desempeñar más de un empleo sea éste nacional, provincial o municipal, salvo los casos que especifica el presente decreto. Los empleados o funcionarios de la administración nacional y de las reparticiones autónomas, que tenga más de un puesto..”*(art. 1, dto. 1134/32); *“...ninguna persona podrá desempeñarse ni ser designada en más de un cargo o empleo público remunerado dentro de la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal...”* (art. 1, dto. 8566/61). Adviértase aquí que la norma del art. 8566/61 es sin embargo más restrictiva, agrega como condición que el cargo sea remunerado. Este ha sido punto importante puesto que la noción de remuneración ha sido interpretada en el sentido de “remuneración proveniente del tesoro público”. En virtud de ello se ha restringido el ámbito, excluyendo a aquellos agentes que reciban una segunda remuneración de origen no estatal.

En cuanto a las sanciones, tanto el decreto 1134/32 establecían la cesantía como sanción. El dto. 8566/61 en sus artículos 13 y ss. Dispone que el agente que se encontrara en incompatibilidad debía denunciar este hecho dentro de los 30 días y formular opción por alguno de los puestos que ocupase de manera incompatible

presentando la renuncia a los cargos respectivos. Si no se hubiese realizado la opción del art. 13, y se hubiesen denunciado acumulaciones incompatibles se dispondrá el inmediato cese de funciones del agente y se petitionará la cesantía a la autoridad respectiva.

En cuanto al control riguroso que se debía tener de estas incompatibilidades, el organismo encargado resultaba ser la antigua Dirección General del Servicio Civil, funciones que actualmente toma la Subsecretaría de la Gestión Pública. No se tienen datos del procedimiento actual ni cuántos casos de acumulación incompatible han sido detectados y cuáles han sido las sanciones. Sería de la mayor utilidad obtener esta información a fin de formular también un procedimiento administrativo ágil y efectivo para evitar el multiempleo en la administración pública.

8.2. LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO:

1. Un punto de marcado interés es el modo en que la incompatibilidad ha sido evitada en muchos casos mediante el expediente de celebrar con el agente público un contrato de locación de servicios o de obra.

Si bien no se han podido obtener datos acerca del número de agentes de la administración que tienen además un contrato de locación de servicios o de obra, es dable suponer que esta situación debe haber variado sustancialmente con el dictado de los decretos 1023/01 y 1184/01.

El dto. 8566/61 no había dispuesto nada acerca de las contrataciones del Estado y según parece esta laguna resultó en un mecanismo adecuado para evadir el cumplimiento de las normas sobre incompatibilidad.

En el caso de las contrataciones del estado mediante locaciones de obra o de servicios, el dto. 8566/61 no establecía disposición alguna. La pregunta a responder es si el contratado es un agente del estado o no. Si la respuesta fuera afirmativa ninguna duda cabe que el mismo se encontraría alcanzado por las disposiciones básicas sobre incompatibilidad. Sin embargo, la respuesta más plausible es que el contratado se encuentra en una posición de igualdad ante el Estado, éste no actúa en la relación

contractual con imperio. Esas locaciones de obra o de servicios son regidas por el derecho común⁶¹.

Claro es que existen casos en que esto no ocurre. Así, cuando el Estado Nacional o alguna de sus reparticiones designan a un agente público para que los represente en juicio, la relación no es una locación de servicios sino de empleo público⁶². Este es el caso de los abogados del Estado, pero podría no serlo puesto que la representación del Estado en juicio, aunque patrocinada por un abogado, podría ser ejercida por otro agente público o no.

Ahora se puede entonces tener más desbrozado el campo de análisis: si el agente público cumple una de sus funciones propias en casos en que llevadas a cabo por un tercero, esas mismas funciones, resultaría una locación de servicios o de obra; el agente se encuentra bajo una relación de empleo público regida por el derecho administrativo. Este es el caso regulado por el artículo 9 de la ley 25.164

La cuestión resalta cuando las funciones no son las que habitualmente cumple el agente público. En esos casos, es dable preguntarse si existe una relación de empleo o una relación regida por el derecho común. En términos más generales es necesario cuestionarse acerca de si un locador de servicios o un locador de obra es un agente público. La cuestión no es cristalina. La distinción ha sido efectuada en términos de la materia de las funciones sobre las cuales se contrata. La Suprema Corte de Justicia de

⁶¹ Así se ha resuelto, por ej.: La parte actora -Yusión srl- inició demanda contra el Estado Nacional-Secretaría De Comunicaciones De La Presidencia De La Nación-Comisión Nacional De Comunicaciones, por el cobro de facturas adeudadas, por los servicios de seguridad y vigilancia prestados en la comisión nacional de comunicaciones, en ENCoTeSA y en el Correo Argentino. El sustento fáctico del reclamo tiene su origen en un contrato de locación de servicios regido por principios y normas propias del derecho común, que no se desenvuelve en la órbita del derecho administrativo, no excediendo del marco iusprivatístico y por lo tanto, propio del fuero federal en lo civil y comercial. En igual sentido, sala III, causa 4050/97 "Diarios Y Noticias Sa C/ Estado Nacional S/ Incumplimiento De Contrato". Del 16.11.99. Autos: Yusión Srl C/ Secretaría De Comunicaciones De La Nación S/ Cobro De Pesos. Causa n° 7375/98. - Cam.C.C.Fed.:3 Amadeo - Bulygin 09/11/1999

⁶² "En los casos en que una repartición del Estado Nacional designa a uno de sus agentes para que lo represente en proceso judicial, esto no ejerce su actividad en función de un contrato de derecho privado, como los de mandato o locación de servicios, sino en virtud de la relación de empleo público que lo une con el organismo administrativo. Y si bien nada impide que, cuando se lo estime conveniente, la administración retribuya a algunos de sus funcionarios con sumas provenientes del tesoro público, como lo son, por ejemplo, las participaciones sobre ciertos gravámenes y sanciones, y las cantidades reguladas en calidad de honorarios en procesos judiciales, ello no implica transformar la relación de empleo público en un vínculo regido por el derecho privado." CSJN Dirección General Impositiva c/ Paulista S.A. 01/01/84 T. 306, p. 1283.

la Provincia de Buenos Aires ha dicho que *es agente público municipal el personal contratado en los términos de una "locación de servicios", cuando las tareas no puedan ser cumplidas por el personal de planta permanente de la administración comunal. En tales casos, la vinculación habida se rige exclusivamente por las cláusulas del contrato celebrado en el que deben especificarse los servicios a cumplir, el plazo de duración, la retribución y forma de pago y los supuestos en que se producirá la conclusión de la locación antes del término establecido.*⁶³ Sin embargo, también se ha dicho que a los efectos de la calificación que corresponde otorgar al vínculo que al locador con la administración pública, *es de decisiva importancia el acto que dio comienzo a la relación de empleo público. La relación de empleo público es formal y exige la investidura del agente siendo necesario que se instaure por autoridad competente y con el contenido que le es propio, no bastando el título representado por los contratos de locación de servicios.* (Citas: CSJSta.Fe, AyS T 55 p 361; T 93 p 1; "Tempesta" AyS T 113 p 40). No puede dejar de mencionarse que estos casos encubren la discusión acerca del funcionario de facto, aquél que respecto del cual no se ha cumplido con los requisitos formales de designación previstos por la legislación para la incorporación de agentes. No se puede desconocer que un conjunto muy numeroso de empleados de la administración central o de las entidades descentralizadas o desconcentradas son prolíficas en generar empleo temporario, a plazo, interino o como se le dé en llamar conforme el tipo de contrato que convienen. Este tipo de contrato permite a la Administración cubrir sus necesidades de personal sin encontrar los límites ni reconocer los derechos de los empleados públicos. El funcionario de hecho no está comprendido en el Estatuto del Empleado Público, su actividad no se base en el nombramiento del Estado o de alguna autoridad competente, surgiendo sus derechos, obligaciones y responsabilidades de elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. En consecuencia el funcionario de facto se desenvuelve al margen del orden regular, por lo que, no se acepta que la legislación (formal o material) regule orgánicamente una figura o situación excluido del régimen ordinario de la función pública.⁶⁴

⁶³ SCBA, L 58561 S 3-12-96, Lazzurri, María Marcela y otros c/ Municipalidad del Partido de General Pueyrredón s/ Cobro de salarios DJBA 152, 211 MAG. VOTANTES: Salas-Pisano-Negri-Laborde-Pettigiani; SCBA, L 70449 S 20-6-1, Céliz, Juan J. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Salarios e indemnización MAG. VOTANTES: Negri-Pettigiani-Salas-de Lázzari-Pisano

⁶⁴ Ver SCJMendoza (Nº Fallo 92199230)

Este es un inconveniente y solo toca el estudio presente cuando ese empleado irregular o cuando ese locador de servicios tiene, además, una designación regular. En uno y otro caso la remuneración tiene origen en el tesoro público, sin embargo, tal como se ha mostrado más arriba, no es el caso de que se considere que la designación irregular constituye empleo público. De allí que resulte conflictivo resolver si en el caso se existe una acumulación de empleo público.

La Dirección General del Servicio Civil a su turno y la Subsecretaría de la Gestión Pública han dictaminado de modo homogéneo **incluyendo a los contratos de locación de servicios dentro de aquellos alcanzados por el dto. 8566/61 y excluyendo de ese régimen a los contratos de locación de obra**. Se ha sostenido que *las locaciones de obra generan un vínculo sometido al derecho civil atento a que no importan relación de dependencia con la administración pública, por consiguiente, el supuesto de doble situación de empleo público como causal tipificante de incompatibilidad prevista en el artículo 1 del decreto 8566/61 no alcanza a configurarse*. A mi juicio iguales consideraciones podrían hacerse respecto de la locación de servicios que justamente se distingue de la situación de empleo por la carencia de una relación de dependencia. No obstante, se ha sostenido que respecto de la locación de servicios sí se configura la figura del multiempleo⁶⁵.

2. Recuérdese que no estaba nada claro en el dto. 8566/61 si la acumulación de estos contratos o la acumulación de un cargo público y un contrato de locación de servicios o de obra ingresaban dentro de los casos de incompatibilidad. La noción de “prestación contractual” solamente fue incluida por el dto.894/01 como último párrafo del artículo 1, pero haciendo referencia a la incompatibilidad con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. En efecto una lectura atenta del artículo no creo que pueda llevarnos al convencimiento de que la acumulación de cargo público y contrato de locación de obra se encontraba prohibida:

Artículo 1º.- A partir de los SESENTA (60) días de publicado el presente en el Boletín Oficial y con las excepciones que expresamente se establecen,

⁶⁵ Dictámenes: expte: 6665/82, Secretaría de Prog. y Prev. de la Drog. y Lucha contra el Narcotráfico; expte: 42.703/87 Ministerio del Interior; Nota: s/nº, 1996, Superintendencia de fronteras,

ninguna persona podrá desempeñarse ni ser designada en más de un cargo o empleo público remunerado dentro de la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal

Asimismo declárase incompatible el desempeño de un cargo público con la percepción de jubilaciones, pensiones y/o retiros civiles y/o militares provenientes de cualquier régimen de previsión nacional, provincial y/o municipal.

Las prohibiciones que anteceden son de aplicación para las situaciones existentes, aunque hubieran sido declaradas compatibles con arreglo a las normas vigentes hasta la fecha.

El desempeño de una función o cargo remunerado o prestación contractual con o sin relación de dependencia, bajo cualquier modalidad en la Administración Pública Nacional, es incompatible con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. La referida incompatibilidad se aplicará con independencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios.

Así, el último párrafo (agregado por el dto. 894/01) parece venir a aclarar el segundo párrafo en cuanto no se mencionan las prestaciones contractuales. En última instancia parece haberse prohibido contratar bajo la figura de la locación de servicios o de obra a quienes percibieran un beneficio previsional. Pero en modo alguno podría haberse interpretado esto como un caso de incompatibilidad entre cargo y contratación.

Pero, qué duda cabe que en numerosas oportunidades la utilización de la figura jurídica de la locación de servicios y de obra importa un espurio manejo para evadir la incompatibilidad.

En esas condiciones, la doctrina administrativa, extraída a partir de los dictámenes más arriba referidos había resuelto que la norma del art. 1° del dto. 8566/61 alcanzaba a la locación de servicios pero no a la locación de obra

3. No obstante, existen varias normas cuya compatibilización no resulta diáfana. Si se recuerda el artículo 28 inc. c) del régimen básico para la función pública, ley 22.140 que establecía:

“El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan otras normas:

...c) recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración en el orden nacional, provincial o municipal;

Y, el artículo 24 inc. c) de la ley de regulación del empleo público 25.164 que de igual modo disponía:

Artículo 24. — *El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo:*

c) Recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración en orden nacional, provincial o municipal.

Se podría haber llegado a una interpretación básica del texto que incluiría dentro de las prohibiciones a los funcionarios o empleados que contrataran con el estado. Sin embargo, más adelante mostraremos lo débil de esta posición.

4. Las otras normas en juego refieren a las contrataciones del Estado que se rigen por el dto. 1023/01 el que excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de empleo público (art. 5º, inc. a). Debe tenerse en cuenta que este decreto regula todas las contrataciones de obras y servicios.⁶⁶

El inc b) del art. 28 del dto. 1023/01 excluye entre las personas que pueden contratar con la administración a *los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquellos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188.*

⁶⁶ Dto: 1023/01, **Art. 4º** — CONTRATOS COMPRENDIDOS. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) Compraventa, suministros, **servicios, locaciones, consultoría**, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias

Entonces, un agente del Sector Público Nacional no podría tener un contrato de locación de obra con la administración pública nacional no porque se encuentre incumpliendo con el dto. 8566/61 sino porque tales contrataciones estarían vedadas por el régimen de contrataciones del estado.

Además, el inciso c del artículo 5 del dto. 1023/01 excluye expresamente a *los contratos que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la Ley N° 24.156 confiere a los Organismos de Control.*

Atento a que un número importante de los contratos que realiza la administración se encuentran financiados por estados extranjeros o por entidades de derecho público internacional, o por instituciones multilaterales de crédito, se deja planteada una excepción importante a la acumulación de cargos. Recuérdese que uno de los puntos básicos de la decisión in re: Hourquescos se asentó sobre el origen de los fondos con que se retribuía al agente. Si los fondos no salen de las arcas del Estado no se podría incluir el caso dentro de las normas del dto. 8566/61.

Por su parte, el dto. 1184/01 que regula las locaciones de servicios de la Administración Pública ordena que *Los contratos de locación de obra intelectual prestados a título personal deben encuadrarse en el Decreto N° 1023/01 y en el Decreto N° 436/00 o el que lo sustituya y definir en su objeto los resultados que se pretenden alcanzar, no pudiendo incluir cláusulas que obliguen a pagos con periodicidad mensual.*

5. Una primera interpretación sostiene que las normas de los dtos. 1023/01 y 1184/01 son aplicables a las contrataciones de personal efectuadas por la administración.

Básicamente sería aplicable el dto. 1023/01 en cuanto en su generalidad impone prohibiciones ante la inexistencia de dispensas expresas del dto. 1184/01 que está restringido a las locaciones de servicios. Nótese aquí que entre una y otra existe

entonces una relación de norma general a norma especial. No existiendo dispensa particular para los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional estos se encontrarían excluidos por el artículo 28 del dto. 1023/01 de contratar con la Administración Nacional aun cuando sus contratos fueran locaciones de servicios. Esto es de importancia puesto que, como se había visto más arriba, podría existir alguna interpretación que entendiéndose (de manera análoga al caso *Hourquescos*) que no habría incompatibilidad en caso de locaciones de servicios.

La cuestión, entonces (conforme esta interpretación), debería resultar clara: respecto de las locaciones de servicios, los agentes del estado se encuentran impedidos de contratar con la administración nacional, por una parte porque (según el criterio de la Dirección General del Servicio Civil, y a su turno la Subsecretaría de la Gestión Pública) se encuentran incursos en las prohibiciones del artículo 1 del dto. 8566/61, esto es, existe una incompatibilidad por acumulación de cargos. Y por otra parte, les está vedada tal contratación por el régimen general para las contrataciones de la APN que en el inc. b del art. 28 del dto. 1023/01 los declara personas no habilitadas.

Respecto de las locaciones de obra, habrá que concluir lo mismo en razón del decreto 1023/01, aunque según la doctrina administrativa elaborada por los organismos de aplicación mencionados no se encontrarían incursos en la prohibición general de acumulación de cargos del dto. 8566/61.

6. Existe sin embargo una segunda interpretación plausible: bajo el supuesto de que el decreto 1023/01 no se dirige al empleo público sino a las adquisiciones del Estado regulando la relación entre los organismos públicos y los oferentes y contratistas privados⁶⁷, entonces, los contratos realizados a fin de suplir las necesidades de personal en la administración no se encontrarían reguladas por el decreto.

⁶⁷ Esta segunda interpretación se encontraría además apoyada en el propio texto del artículo 28 inc. b) que relaciona la exclusión *con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188*. El art. 13 de esta ley establece:

13. Es incompatible con el ejercicio de la función pública:
a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o ser proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;

Nótese, además, que no nos referimos a los contratos de empleo público que se encuentran regidos por el art. 9 de la ley 25.164. Efectivamente, el empleo público puede darse en condiciones de estabilidad o de contratación, en este caso se encuentra regido por el artículo 9 de la ley 25.164, que establece:

Artículo 9° — El régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente.

El personal contratado en esta modalidad no podrá superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo, el que tendrá directa vinculación con el número de trabajadores que integren la planta permanente del organismo.

Dicho personal será equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibirá la remuneración de conformidad con la correspondiente al nivel y grado respectivo.

La Ley de Presupuesto fijará anualmente los porcentajes de las partidas correspondientes que podrán ser afectados por cada jurisdicción u organismo descentralizado para la aplicación del referido régimen.

Adviértase que en el caso no estamos hablando de una locación de servicios ni de una locación de obra. En el caso tenemos un contrato de empleo público, por tiempo determinado y con los requisitos establecidos en el artículo 9°. No hay duda alguna que este tipo de contratos no podría ser acumulado a otro de similar carácter (público) si no se encontrase en las excepciones previstas por la legislación y que han sido objeto de análisis más arriba.

Ahora, bajo el supuesto de que el dto.1023/01 no establece prohibiciones a la administración (puesto que solamente se refiere a los proveedores del Estado⁶⁸) para contratar a agentes públicos bajo las formas de la locación de servicios o de obra, debemos preguntarnos si existe alguna prohibición en algún otro cuerpo legal. Una respuesta muy básica ha sido dada más arriba: los artículos 28 inc. c) del régimen básico

b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

Entonces, la exclusión prevista en el dto. 1023/01 estaría reservada a los proveedores del Estado y no regularía estos otros contratos de locación.

⁶⁸ Recuérdese que el artículo 28 del dto. 1023/01 refiere a los límites previstos en la ley 25.188 (ver art.

para la función pública, ley 22.140, y 24 inc. c) del régimen marco para el empleo pública, ley 25.164 prohíben *recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración en el orden nacional, provincial o municipal*. Pero, rápidamente se podría responder a esta postura que no es lo mismo ser “beneficiario” que “contratante” y no es lo mismo *recibir beneficios* que *celebrar un contrato*, al punto que un contrato puede ser gravoso para el contratante mientras que recibir beneficios por definición no lo es. Y que resultaría al menos ridículo que un contrato sea válido cuando no genera beneficios al contratante y nulo cuando los genera. Puesto que esto haría depender la validez o no de un acuerdo de los resultados económicos de él, y que si bien esto puede resultar de una decisión judicial (la consideración de los resultados económicos para determinar la validez) claramente no es criterio para determinar a priori la validez de los contratos.

En conclusión, no es sólida la argumentación que sostiene que los contratos de locación de obra están prohibidos en virtud de las normas citadas (arts. 28 inc. c, ley 22.140 y art. 24 inc. c ley 25.164).

Finalmente, bajo esta interpretación se encontrarían permitidos los contratos de locación de obra con agentes del Estado⁶⁹. Respecto de los contratos de locación de servicios, según la doctrina administrativa, estos resultarían atrapados por la prohibición del artículo 1º del dto. 8566/61.

Debo decir que no acuerdo con esta doctrina: los contratos de locación de servicios y de locación de obra no difieren en ningún aspecto relevante a los fines de la acumulación de cargo público; las interpretaciones que se hagan respecto de uno deberían (en estos aspectos de acumulación, reitero) deberías extenderse al otro. Así que o bien se considera que ambos se encuentran alcanzados por la incompatibilidad del artículo 1º del dto. 8566/61 o bien se considera que ambos no son casos de acumulación.

13, ley 25.188)

⁶⁹ Recuérdese aquí la doctrina administrativa que niega la acumulación en caso de locación de obra.