

**Ref.: EX-2020-00081345- -GDEMZA-
FISCESTADO.**

AL SEÑOR
FISCAL DE ESTADO DE LA
PROVINCIA DE MENDOZA
DR. FERNANDO SIMON
S _____ / _____ D

Las actuaciones de referencia han sido remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos para su intervención y dictamen en relación a la denuncia interpuesta por la Intendente de Santa Rosa, la cual consta en orden 2, a cuyos términos y lectura me remito en honor a la brevedad.

I.- Obran como antecedentes relevantes de la presente pieza administrativa:

La denuncia referenciada, copia certificada de los decretos municipales N° 626/19, 633/19 y 2234/19 y de los bonos de sueldo de la ex Intendente Norma Viviana Trigo correspondientes a los meses de febrero, marzo y noviembre de 2019. En cumplimiento del previo impuesto por esta Fiscalía de Estado¹el Municipio remite a ese órgano de control: copias certificadas de los decretos Nros. 626/19, 633/19 y 2234/19 del Ejecutivo Municipal; expediente N° 183/19 caratulado "Adhesión Ley Provincial 5832"; expediente N° 79/20 caratulado "Fijar sueldo de personal fuera de escalafón jurisdicción 01 y 02 por el mes de diciembre de 2019"; expediente N° 80/20 caratulado Proyecto de Ordenanza "Fijar sueldo de Intendente Municipal y

¹ En el mismo se solicitó 1) oficiar de estilo al Concejo Deliberante de la Municipalidad de Santa Rosa a los efectos de que informe si el Decreto N° 626/2019 fue remitido a ese órgano deliberativo para sancionar la Ordenanza respectiva en los términos establecidos por el art. 1 de la Ley N° 5832. 2) solicitar al Concejo Deliberante que acompañe copia certificada de las ordenanzas a que refiere el art. 9 de la ley 5832 y, en caso de no existir las mismas, las ordenanzas que regulan actualmente la remuneración del intendente. 3) requerir la remisión a este Órgano de Control de los expedientes en que tramitaron los decretos municipales N° 626/19, 633/19 y 2234/19 y toda otra documentación que considere pertinente para el esclarecimiento de los hechos planteados en la presente denuncia.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

establecer nuevo organigrama y sus respectivas remuneraciones de jurisdicción 01 y 02" y expediente N° 432/2020; por su parte en orden 11 el H.C.D indica *"En respuesta a su consulta sobre el Decreto Municipal N° 626/2019, le comunicamos que el mismo nunca fue notificado a este Honorable Concejo Deliberante y como consecuencia de ello, no fue puesto a consideración para su tratamiento, ni siquiera se informó de su contenido."*

Expresa la denuncia referenciada en su parte pertinente que la ex titular de la Intendencia habría violado los art. 1 y 2 la Ley N° 5832² sosteniendo que *"en fecha 22 de marzo de 2019 mediante decreto N° 626/2019 la Srta. Norma Viviana Trigo, dispuso el aumento de sus haberes a través de un Código de carácter no remunerativo no bonificable denominado "RESPONSABILIDAD FUNCIONAL"; el cual según reza se le otorgaba a quienes cumplan funciones de Jerarquía y Responsabilidad en sus cargos, sean Funcionarios o Personal de Planta que el departamento Ejecutivo lo estime conveniente, teniendo como parámetro para dicho código el 20% del total de los Haberes a percibir por el Intendente Municipal"*.

Entiende que *"dicha normativa fue dictada a los efectos de que de manera manifiesta tanto Intendente como funcionarios cobraran indebidamente este ítem conforme los porcentajes que decidiera la Intendente de manera discrecional por sobre la Ordenanza de sueldos vigente a ese momento."*

Detalla más adelante que *"Con posterioridad, mediante decreto N-º 633/2019 de misma fecha que el anterior, se estableció quiénes serían los Funcionarios que iban a percibir dicho incremento, incluso aumentando los porcentajes que los distintos funcionarios cobraban con respecto al sueldo de la Intendenta y de acuerdo a sus clases fuera de escalafón; por ejemplo, el*

² Art. 1. La remuneración mensual del intendente municipal, demás autoridades superiores del departamento ejecutivo y de los miembros del Honorable Concejo Deliberante de cada municipio, será fijada por ordenanza de los respectivos concejos deliberantes de cada departamento, dentro de las pautas fijadas en los artículos siguientes de la presente ley.

Art. 2. Los intendentes municipales percibirán una remuneración por todo concepto no superior al noventa y cinco por ciento (95%), ni inferior al cuarenta por ciento (40%) de la que corresponde al gobernador de la provincia, de conformidad con la ley N. 5811, no pudiendo cobrar ninguna otra retribución por el desempeño de sus funciones.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Secretario de Gobierno pasó a percibir el 85% del haber de la máxima autoridad municipal."

Concluye expresando que: "...el día 14 de Noviembre de 2019, la Intendente Municipal Norma Trigo junto con el Secretario de Gobierno, Marcos Nuarte, mediante el Decreto N° 2234/2019 dejaron sin efecto los decretos municipales N° 626/633 del 2019 antes mencionados con efectos a partir del 10 de Diciembre de 2019; por lo que claramente mantuvieron la liquidación de sus sueldos hasta el último minuto de su mandato de manera irregular e ilegal, totalmente contradictorio con la normativa vigente en la materia..."

Asimismo, se dio vista de las presentes actuaciones (remitiendo copia de la denuncia de orden 2 y de los informes de órdenes 11 y 12) a la ex Intendente del Municipio de Santa Rosa, Sra. Norma V. Trigo y al ex secretario de Gobierno y Administración, Sr. Marcos S. Nuarte (éste último no produce presentación alguna), a los efectos de que tomen intervención por el plazo de diez (10) días a tenor de lo dispuesto en los arts. 118 y 160 inc. a) de la Ley N° 9003.

En función de ello, a orden 21 se encuentra agregada únicamente la presentación efectuada por la Sra. Norma V. Trigo, donde brinda sus explicaciones sobre los hechos denunciados, así como también efectúa una nueva denuncia respecto a las actuales autoridades municipales³, a cuyo contenido me remito y doy aquí por reproducido en honor a la brevedad, destacando sintéticamente los argumentos esgrimidos por la ex intendente, a saber:

a) "...el código "Responsabilidad Funcional" fue otorgado al personal del Departamento Ejecutivo dado que desde el año 2015 el personal ejecutivo de la Municipalidad percibía haberes inferiores a los del Honorable Concejo Deliberante debido a que el Ex intendente Sergio Salgado disminuyó sus haberes y los del personal ejecutivo (exceptuándose los del Concejo Deliberante) en una medida demagógica sin norma legal correspondiente, y que terminó afectando el derecho de propiedad de los funcionarios...Esta situación generó que en los primeros meses de 2019 desde el Ejecutivo se impulsara un proyecto de

³ Cuyo tratamiento se aconseja efectuar en pieza separada, a fin de no entorpecer la presente investigación.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Ordenanza⁴ por el cual el Departamento de Santa Rosa se adhería a la Ley Provincial N° 5832 la cual establece claramente en el Art. 6 los topes máximos y mínimos de la remuneración de los funcionarios superiores municipales, adecuándose esta disposición a la letra de la Ley Provincial N° 5811...La adhesión a la Ley 5832 genera la plataforma necesaria para los Decretos que se iban a dictar con posterioridad...Lo dicho hasta aquí es el resultado de las consideraciones vertidas oportunamente en los Decretos 626 y 633 del 2019, los que en definitiva fundamentan la creación de un código de responsabilidad funcional."

b) "...El adicional creado mediante Decreto 626/ 2019 se deja sin efecto en el mes de noviembre de 2019 para permitir a las nuevas autoridades establecer sus salarios..."

c) "...En lo concerniente al incumplimiento de la Ley 5832 que menciona la denunciante REITERO que siempre mi obrar estuvo ceñido a la referida normativa. Nunca mis haberes de Intendente Municipal estuvieron por encima de la franja permitida por la Ley provincial, sino más bien muy por debajo...De una simple lectura del texto surge claramente que no existe ilegalidad en la fijación de sueldos, y surge nítido el respeto a los parámetros legales...". Luego cita el art. 6 de la Ley 5832 y sostiene *"...Lo hasta aquí expresado deja en evidencia que no existen irregularidades tal como argumenta la denunciante..."*

d) Respecto a la necesidad de ratificación del Concejo Deliberante, cita el art. 105 –sobre atribuciones y deberes del Intendente- de la Ley 1079 y menciona que "...al ser la figura del Intendente la que ejerce o detenta ésta "suprema administración", le confiere una serie de facultades sobre todos los empleados y funcionarios municipales, entre ellas la de fijar las remuneraciones a percibir por los funcionarios, siempre dentro de los alcances de las leyes aplicables...focalizando en las afirmaciones de la denunciante sobre la autorización, conocimiento, refrenda o aprobación que la denuncia refiere que debió haber tenido el acto administrativo atacado, corresponde decir que la Ley 1079 no menciona en su articulado tal procedimiento... Tal es así que en el art.

⁴ Se deja expresa constancia que no se ha aclarado si el proyecto se transformó en ordenanza o no.



105 solo menciona la autorización del Concejo para ciertos actos del Intendente..."citando a continuación diversos incisos y artículos, para luego sostener "...Es decir, las facultades están expresamente delimitadas en la Ley N° 1079, estableciendo con claridad los casos en los que el Concejo debe prestar acuerdo o autorización, por ello ante el silencio respecto de la temática ventilada en esta pieza administrativa debe primar el criterio amplio de conferir la "superintendencia" al Jefe del Ejecutivo Departamental..."

e) "...Otra normativa a tener en cuenta es la Ley 5892, que si bien no es de aplicación para estos casos, corresponde tenerla presente para dimensionar la amplitud de funciones del Intendente Municipal..."⁵citando luego los arts. 24 y 26⁶ de la referida norma, la cual hace referencia a un adicional por función crítica.

f) "...La herramienta del otorgamiento de adicionales...tuvieron variedad de nombres y fue utilizada por diferentes gestiones. La implementación de tales adicionales por parte del Ejecutivo Departamental no convierte a mi accionar en una conducta pasible de sanción ni mucho menos, ya que la decisión fue tomada acorde a la facultades conferidas...No está demás aclarar que mi accionar estuvo ceñido a los parámetros de la buena fe, en ningún momento mi obrar tuvo mala fe o ánimo de defraudar a la administración..."

II. - En este estado toma intervención esta Fiscalía en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) - art. 177 de la

⁵ Cita textual, subrayado en el original, la cursiva me pertenece.

⁶Art. 24: los adicionales salariales que correspondan a los agentes municipales serán fijados por las convenciones de empleo municipal de nivel provincial previstas por la presente ley, sin perjuicio de lo que pudiera establecer cada comuna.

Art. 26: sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, se establece el adicional por función crítica, que se determinara por resolución del departamento ejecutivo o autoridad superior del ente en que se preste el servicio y se abonara a los agentes que deban desempeñarse bajo regímenes de incompatibilidad profesional, dedicación exclusiva, mayor jornada, responsabilidad extraordinaria, o en tareas de gerenciamiento o contralor interno o externo, de cuyo rendimiento dependa el funcionamiento de un sector del organismo o el mejoramiento de las rentas municipales. El adicional es revocable en cualquier tiempo por el departamento ejecutivo o autoridad otorgante y será graduado en el nomenclador de funciones entre el treinta por ciento (30%) y cien por ciento (100%) de la asignación de la categoría. no será remunerativo ni bonificadle. Asimismo deberá preverse el pago de un adicional por tareas de recolección de residuos, trabajos en cloacas o plantas de tratamiento de detritus, trabajos en plantas de potabilización de agua, servicios de carácter obrero en cementerios y crematorios y limpieza de acequias.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Constitución Provincial, Ley Nº 728, Decreto Nº1428/18 y normas complementarias, debiendo tenerse presente las siguientes consideraciones:

1. Omisión de conformación de/los expediente/s respectivo/s: en primer término, según surge de la contestación del previo de orden 5, de fecha 20/01/20 recepcionado en esta repartición el 24/01/20, punto a) se indica que *"...no existe otra documentación que diera fundamento al dictado de los decretos dictados..."*, remitiendo solo copias certificadas de los decretos cuestionados (Nros. 626/19, 633/19 y 2234/19 del Ejecutivo Municipal).

Asimismo, de la respuesta brindada por al Ex Intendente a orden 21 tampoco surge la existencia de otra documentación.

El expediente administrativo constitutivo de la voluntad de la Intendente era, en este supuesto, necesario (atento a lo dispuesto por el art. 35 primera parte y 134 y cctes. de la Ley Nº9003) toda vez que en el mismo deberían haberse incluido las constancias y actuaciones que el orden normativo en forma expresa o razonablemente implícita requiere para la conformación previa de la voluntad administrativa y donde se verifique el cumplimiento de todos los recaudos para la emisión válida de la misma mediante la acreditación indubitable de la existencia de los elementos esenciales que adornan los actos y reglamentos administrativos (arts. 28 a 45 y 104 a 106 de la Ley Nº9003).

Esta esencial omisión procedimental dificulta el análisis de los aspectos básicos referidos a las normas cuestionadas, toda vez que las mismas no poseen motivación suficiente ni adecuada ni puede inferirse o integrarse la misma de los antecedentes que son inexistentes (art. 45 inciso a) y d) de la Ley Nº9003) - tanto en la implementación de las condiciones generales del régimen (Decreto 626/19); ni para su aplicación a los casos concretos (Decreto Nº633/19) ni para su intempestiva derogación (Decreto Nº2234/19)- y que permitan sostener la inexistencia de desviación de poder y razonabilidad de las medidas adoptadas (arts. 38 y 39 de la Ley Nº9003). Tampoco se ha efectuado el correspondiente encuadre legal, fundado en previo dictamen obligatorio también inexistente (art. 35 primera parte e inciso b) de la Ley Nº9003) que justifique temas esenciales referidos a la pretendida competencia del Ejecutivo Municipal para dictarlas y su



adecuación al régimen legal superior (art. 33 de la Ley N°9003; Ley Nros. 1079 y, eventualmente, arts. 1 y 2 de la Ley N°5832); ni volante de imputación preventiva o de reserva del gasto y/o referencia en los decretos de la partida presupuestaria con la cual se atenderán las erogaciones correspondientes y sus cálculos (arts. 92 inc. a) y 191 de la Ley N° 8.706 y arts. 2 y 3 del Decreto N°665/75); ni se observan agregadas constancias sobre la publicación de las normas reglamentarias –elemento esencial e indiscutible para su vigencia y ejecutividad-(arts. 104, 105 y 106 de la Ley N°9003) entre las principales cuestiones que se analizarán en el marco de la denuncia impetrada.

Todo esto no puede ser ahora subsanado con las explicaciones y motivaciones brindadas por la Ex Intendente (vgr. la supuesta disminución de sus haberes y los del personal ejecutivo efectuada supuestamente por el anterior intendente Salgado sin norma legal; el presunto quebranto provocado por el Estado Municipal del equilibrio de las prestaciones; etc.), dado que la misma debió ser previa a la emisión de las disposiciones, constando en los informes técnicos y dictámenes legales correspondientes, además de contenida en la propia normativa.

2. Incompetencia material del Ejecutivo Municipal – Objeto ilícito por TRANSGREDIR PROHIBICIONES LEGALES: contrariamente a lo sostenido por la ex Intendente en su presentación de orden 21-cuyos argumentos fueron someramente resumidos *supra* en el punto I-corresponde en este marco y en forma liminar precisar que “prima facie”, la competencia para emitir este tipo de normas que regulan aspectos salariales de los agentes municipales y presupuestarios del municipio correspondería al Concejo Deliberante (órgano legisferante municipal) conforme lo dispuesto por los arts.73⁷, 95⁸, 121⁹ y 133¹⁰ de la Ley N°1079 y mod. (Orgánica de

⁷ARTICULO 73º: “Corresponde al concejo en lo relativo al ramo de “hacienda”: ordenanzas de presupuesto, contribuciones y servicios 1º dictar el presupuesto anual de gastos y las ordenanzas de contribuciones y servicios, en la forma determinada en el título IV de esta ley. 2º proveer a los gastos no indicados en los presupuestos y que haya necesidad de efectuar, fijando especialmente los recursos con que se atenderán”.

⁸ARTICULO 95º: “El intendente gozara de un sueldo que el concejo fijara al sancionar el presupuesto anual de gastos. la remuneración no podrá ser aumentada ni disminuida durante su periodo”.

⁹ARTICULO 121º: “El porcentaje a invertir en sueldos ordinarios fijados en el presupuesto y ordenanzas especiales se fijara anualmente de conformidad a lo dispuesto en el inc. 8 del artículo 202º de la constitución de la provincia”.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Municipalidades) y arts. 1 y cctes. de la Ley N°5832¹¹, en forma similar a lo que acontece en los diferentes niveles estaduales (vg. Art. 75 inc. 8 de la C.N. y 99 inc. 3 y 202 inc. 8 de la C. Provincial).

La generación de este adicional no se habría materializado a través del órgano en principio competente (Concejo Deliberante) según normas precitadas de la Ley N°1079 y art. 1 y cctes. de la Ley N°5832 ni habría respetado (en el caso de la Intendenta) la disposición final del art. 95 de la Ley N°1079¹² citado, que expresamente PROHIBE que el salario del intendente sea aumentado durante el período presupuestario¹³, por lo que el objeto de los decretos Nros. 626/19 y 633/19 transgreden, en este sentido específico, la EXPRESA prohibición establecida en ley provincial (art. 52 inc. a) de la Ley N°9003) lo que los torna GRAVE O GROSERAMENTE VICIADOS (arts. 67o 68 de la Ley N°9003).

La violación de las previsiones de los arts. 1, 2, 9 y cctes. de la Ley N° N°5832resultaría en principio también materializada, siendo destacable poner de relevancia que a criterio del suscripto, la misma no requiere ADHESION alguna de los municipios, ya que es de orden público y como tal solo “invita” a los Concejos Deliberantes (respetando su status constitucional) a “sancionar las ordenanzas necesarias” para materializar las disposiciones en ella contenida –y ello sólo en caso de que sean necesarias (ya que los municipios podrían ya tener adaptados sus regímenes a las pautas establecidas en la misma)- para “adecuar” el régimen salarial municipal a los condicionamientos de la ley¹⁴.

¹⁰ARTICULO 133º: “El intendente municipal y el secretario que autoricen una orden de pago ilegítima y el contador municipal que no la observe, son responsables solidaria y mancomunadamente por la ilegalidad del pago”.

¹¹ ARTICULO 1º: “La remuneración mensual del intendente municipal, demás autoridades superiores del departamento ejecutivo y de los miembros del honorable concejo deliberante de cada municipio, será fijada por ordenanza de los respectivos concejos deliberantes de cada departamento, dentro de las pautas fijadas en los artículos siguientes de la presente ley”.

¹²Debería verificarse además si se ha excedido el límite impuesto por las Leyes N° 8727 –en el caso de que el municipio haya adherido - y 5811, art. 74.

¹³ Artículo 95º: “El intendente gozará de un sueldo que el Concejo fijará al sancionar el presupuesto anual de gastos. La remuneración no podrá ser aumentada ni disminuida durante su período.” Entendiendo en forma coordinada e integrada el presente art. (primera y segunda parte) se interpreta que la referencia a “período” es a “ejercicio o período presupuestario”.

¹⁴Fortalece esta posición el hecho de que su antecedente próximo sea el Decreto de Necesidad y Urgencia N°102/92, de cuya fundamentación surge incuestionable su imperatividad.

Ello lleva también a concluir que es evidentemente NULO el Decreto N°128/19, del Ejecutivo Municipal que adhiere a la norma legal precitada, en tanto la misma no requiere este procedimiento y en todo caso el accionar requerido era competencia del Concejo Deliberante –ORGANO LEGISLATIVO MUNICIPAL- (según facultades presupuestarias propias y expreso texto legal del art. 9 de la Ley N°5832 e incluso, según recomendación del propio asesor legal interviniente a fs. 1 del Expte. N°183/19 –donde se incorpora proyecto de ordenanza para remitir al Concejo Deliberante a fs. 2 y vta.-) por lo que la incompetencia material lo torna también NULO O INEXISTENTE (arts. 33, 56 inc. a) y 75 o 76) de la Ley N°9003 según se valore).

3. Omisión de dictamen jurídico e informe contable: como derivación lógica e ineludible, la inexistencia de conformación del expediente respectivo, conlleva a la inexistencia del obligatorio dictamen jurídico previo, en tanto se encontraban en juego “derechos subjetivos” (art. 35 inc. b) de la Ley N°9003) así como el informe contable, en tanto se iba a disponer de “fondos públicos” (art. 35 inc. c) de la Ley N°9003) violando asimismo la previsión del art. 2 del Decreto N°665/75, ya que en ninguna de las normas contenidas en los Decretos Nros. 626/19 y 634/19 se ha indicado la procedencia de las partidas presupuestarias con las que se atenderán las erogaciones a producirse (lo que deberá analizarse en su oportunidad y podría incidir incluso sobre la existencia o no de delito penal conforme se recomendará en la conclusión).

En efecto, al no haberse conformado el expediente de acuerdo a arts. 135 y cctes. de la Ley N°9003 y Decreto N°333/85, ninguno de los Decretos Municipales acompañados cuenta con el encuadre legal ni hace referencia a dictamen legal alguno que subsuma el caso a la normativa jurídica eventualmente aplicable, ni se observa emitido el necesario informe contable, en clara omisión de lo dispuesto por los arts. 35 inc. b) y c) de la Ley N°9003 y 2 y 3 del Decreto N° 665/75.

El art. 35 de la Ley N°9003 en sus incisos b) y c) rezan: “*Antes de dictarse el acto administrativo deben cumplirse todos los trámites sustanciales previstos expresa o implícitamente por el orden normativo. Sin perjuicio de lo*



que otras normas establezcan al respecto, considérense trámites sustanciales: ...

b) El dictamen o informe obligatorio en virtud de norma expresa. El dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico será obligatorio cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente protegidos de los administrados. c) El informe contable, cuando el acto implique la disposición de fondos públicos...".

A su vez y en sentido análogo, el art. 2 del Decreto N°665/75 expresa textualmente: que "...tanto los trámites iniciados de oficio por cualquier servicio de la administración centralizada o descentralizada, como los que se originen a petición de una persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo, además de reunir los requisitos materiales y formales a que se refiere la Ley N° 3909 (hoy 9003), deberá complementarse, dentro del órgano o área administrativa de origen con los informes o dictámenes que correspondan a la naturaleza de las cuestiones directa o indirectamente relacionadas con dicha actuación. Dichos informes o dictámenes deberán contener, en términos precisos y concretos, la opinión de los funcionarios responsables que los suscriban, en lo referente a cada uno de los aspectos propios de su competencia y autoridad, con expresa mención de las disposiciones de aplicación, indicando la procedencia y/o legalidad de la conclusión....".

Por su parte el art. 3 del Decreto N°665/75 precisa que: "...Toda actuación tendiente a decidir una erogación presupuestaria, deberá incluir o ser acompañada de la constancia por parte del funcionario responsable de la existencia y disponibilidad del crédito presupuestario para atenderla, y de la afectación preventiva del monto estimado de la misma".

La omisión de estos trámites esenciales tornan las normas reglamentarias (Decretos Nros. 626/19 y 2234/19) y al acto administrativo de aplicación (Decreto N°634/19) en GRAVEMENTE O GROSERAMENTE VICIADOS (art. 60 inc. b) de la Ley N°9003) y como tales susceptibles de ser tachados de NULOS o INEXISTENTES con las consecuencias legales previstas al efecto (arts. 75 y 76 de la Ley N°9003 respectivamente).



4. Falta de publicación de los decretos de naturaleza reglamentaria: este aspecto resulta de enorme relevancia en el presente supuesto, toda vez que las normas contenidas en los Decretos Nros. 626/19 y 2234/19 tienen naturaleza reglamentaria y como tal, deben necesariamente ser PUBLICADOS para adquirir ejecutividad. La ausencia de tal recaudo los vicia GRAVEMENTE (Arts. 104, 105 primera parte y 106 de la Ley N°9003) deviniendo en NULOS con las consecuencias que de ello derivan (art. 75 de la Ley N°9003).

No se han detectado constancias que acrediten las mencionadas publicaciones (al no existir actuaciones constitutivas de la voluntad administrativa, conforme se ha anticipado en el punto 1 precedente) y tampoco se han encontrado en la compulsa que se ha efectuado de los Boletines Oficiales de la provincia de Mendoza, siendo estas publicaciones obligatorias en virtud de la disposición del citado art. 105 de la ley 9003¹⁵.

5. Presunta existencia de "arbitrariedad" y "Desviación de Poder": vinculado estrechamente a los aspectos tratados en el punto anterior, esto es la falta absoluta de motivación que permita justificar fáctica y jurídicamente las decisiones adoptadas en las tres normas en análisis, así como la falta de publicación de las dos normas reglamentarias aludidas –lo que impide no sólo su entrada en vigencia y ejecutividad sino que afecta en forma evidente la transparencia¹⁶–es dable destacar que la secuencia normativa presenta con cierto grado de certeza una evidente situación de

¹⁵Art. 105. Todo reglamento debe ser publicado para tener ejecutividad; la falta de publicación no se subsana con la notificación individual del reglamento a todos o parte de los interesados. a) La publicación debe hacerse con transcripción íntegra del reglamento, en el Boletín Oficial de la Provincia o en los medios que establezca la reglamentación.

¹⁶Ver en este sentido lo expresado en dictamen N°308/16, en el cual, marcando la diferencia entre los recaudos constitutivos del acto administrativos y aquellos que hacen al principio republicano de gobierno –publicidad de los actos– se expresó: "... *...la producción de efectos jurídicos del ACTO ADMINISTRATIVO, requiere la notificación al interesado por alguno de los medios previstos en los arts. 47, 48 y aún, por el 153 de la Ley N°3.909¹⁶ (no pudiendo suplirse por la PUBLICACIÓN –art. 46 de la Ley N°3.909), lo que no obsta la necesidad de dar publicidad por el medio analizado (Boletín Oficial) en el marco de las previsiones del art. 1 de la C. Nacional (principio Republicano de Gobierno –publicidad de los actos¹⁶–) y transparencia, la que a su vez debería ser razonablemente contemporánea con la emisión del mismo. En este sentido, debe destacarse que la provincia de Mendoza ha sancionado con fecha 10/10/1995 (B.O. 17/11/95) la Ley N°6.335, por la cual se dispone que los Decretos¹⁶ emitidos por el Poder Ejecutivo deben ser publicados en el Boletín Oficial de la Provincia dentro de los sesenta días hábiles posteriores a su emisión(art. 1), lo que podría considerarse como una pauta interpretativa válida para aplicarla análogicamente a la administración pública en general y lograr así precisar el plazo en que puede considerarse "temporánea" la publicación a los efectos de garantizar este básico principio republicano...*".



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

"arbitrariedad" y "desviación de poder", en tanto surgen beneficiados durante su lapso de aplicación, un sector limitado de agentes públicos (lato sensu), sin justificación alguna y sin publicidad debida (tanto constitutiva como posterior para garantizar el principio republicano de gobierno y la transparencia), sin intervención del órgano deliberativo y representativo materialmente competente (Concejo Deliberante) y derogado en el momento de producirse la finalización del mandato (lo cual se materializa por decreto de noviembre del 2019 y con efectos a partir del 10/12/19 –fecha de cambio de autoridades electivas-).

Esta Dirección de Asuntos Administrativos se ha expresado ante situaciones de aristas generales similares diciendo que: *"...El análisis objetivo de la secuencia jurídico temporal del dictado de los actos aludidos trasunta la real motivación y su finalidad, que sería, tal como se afirmó en la denuncia, garantizar la permanencia en el Estado de los agentes al final de la gestión de gobierno.... Adviértase por otra parte que ni siquiera hay fundamentación en el Decreto N° 858/15 ...Del análisis de las actuaciones remitidas a conocimiento de esta Dirección de Asuntos Administrativos, se verifica que se habría incurrido entonces en la desviación de poder que describe el art. 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 3909¹⁷. Maurice Hauriou define la desviación de poder, en su obra titulada "Précis de droit administratif et de droit public général"¹⁸, diciendo que es "el hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia, con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio". Según Carmelo Quintana Redondo, la desviación de poder "supone un desajuste entre el fin querido por la ley y el fin del acto". La desviación de poder es una de las manifestaciones más comunes de la*

¹⁷Art 38: Los agentes estatales deben actuar para cumplir el fin de la norma que otorga las atribuciones pertinentes, sin poder perseguir con el dictado del acto otros fines, públicos o privados.

¹⁸Precis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques (4e éd.) / de Hauriou, Maurice (1856-1929), L. Larose (Paris), Edición 1900-1901.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

*corrupción y constituye un claro atentado contra pilares básicos del Estado de Derecho. Por esas razones, debe, a pesar de las complicaciones existentes, combatirse de un modo contundente. El adecuado control de los actos administrativos que incurran en una desviación de poder es indispensable para poder garantizar el eficaz y eficiente funcionamiento de las Administraciones Públicas, la seguridad jurídica y el correcto empleo de los recursos públicos.*¹⁹

III.- Por último, corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la administración activa), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación²⁰, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido²¹.

IV. - CONCLUSIONES: En el marco de lo expresado precedentemente, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera procedente que:

1. Los Decretos Nros. 126/19, 626/19, 633/19 y 2234/19 del Poder Ejecutivo Municipal de Santa Rosa, se encuentran VICIADOS GRAVE O

¹⁹Ambos autores son citados en el trabajo "La desviación de poder en el Derecho Administrativo", de Diego Fierro Rodríguez: <http://www.eljurista.eu/2014/12/01>. La desviación de poder en el derecho administrativo.

²⁰Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "... no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)"; "El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

²¹En este sentido, la P.T.N. ha entendido que: "...la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate, es decir, que esos informes merecen plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean fundados, precisos y adecuados al caso (PTN, Dictámenes; 200:116; 248:430; 259:233).



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

GROSERAMENTE según lo expuesto en cada caso en el cuerpo del presente dictamen – y según calificación que fundadamente imponga la autoridad administrativa competente- deviniendo en NULOS (Art. 75 de la Ley N°9003) o en INEXISTENTES (art. 76 de la Ley N°9003), debiendo implementarse en forma inmediata –en cualquier caso- acciones tendientes al recupero de los montos ilegítimamente abonados a los agentes incluidos en el Decreto N° 633/19 y beneficiarios del adicional instaurado en el Decreto N°626/19, en virtud de haberse violado los arts. 32, 33, 35 incs. b) y c), 38, 39, 45 incs. a) y b), 104 y 105, estando los mismos afectados por los vicios previstos en los arts. 52 inc. a), 56 inc. a), 60 inc. b), 63 inc. c), 68 incs. b) y c), 106 con las consecuencias previstas en los arts. 75 o 76 de la Ley N°9003 según la sanción que se considere procedente.²² Los vicios señalados, por su calificación de groseros y/o graves, no son susceptibles de enmienda²³, y a criterio del suscripto –sin que importe manifestación sobre cuestiones propias de la autoridad competente- podrían justificar la declaración de inexistencia del acto a tenor de la gravedad y acumulación de los mismos²⁴ (arts. 49 y 50 de la Ley N°9003), conforme fundamentos expresados en dictámenes antecedentes Nros. 609/18 y 854/16 de esta Dirección de Asuntos Administrativos, la que podría implementarse en sede administrativa²⁵ en virtud de lo dispuesto en el art. 76 de la Ley N°9003

²²Art. 49.El irregular cumplimiento o el incumplimiento de algún requisito expresa o implícitamente exigido por el orden jurídico para el acto administrativo, constituye un vicio de éste. La enumeración que en esta Ley se hace de los vicios del acto administrativo no es taxativa, pudiendo la autoridad competente declarar la existencia de otros vicios conforme al principio sentado en el párrafo anterior. Art. 50. Los vicios se clasifican, de acuerdo a su gravedad, en: muy leves, leves, graves y groseros. La mayor o menor gravedad del vicio determina el grado de nulidad que corresponde al acto. La calificación del vicio se determina solamente por la gravedad e importancia que reviste la antijuridicidad en el caso concreto. La calificación que de algunos vicios del acto se da en esta Ley no es rígida, y la autoridad a quien corresponda declarar la nulidad, puede apartarse, excepcionalmente, de la calificación que aquí se establece, mediante resolución fundada que analice cuáles son las circunstancias particulares del caso que hacen razonable adaptar la calificación.

²³ Ley N° 3.909 art 77 contrario sensu (idéntica redacción tienen el art 77 de la Ley N° 9.003).

²⁴Ver en este sentido, Dict. N° 854/16 de esta Dirección de Asuntos Administrativos, en Nota 8, donde se advierte sobre la posibilidad de merituar la entidad del vicio en caso de adoptar otra calificación en el marco normativo precitado.

²⁵Téngase presente que en caso de valorar la autoridad competente que los vicios que ostentan los actos y reglamentos son GRAVES, debería impetrarse en forma previa la correspondiente acción de lesividad (art. 3 y cctes. de la Ley N°3918).



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

y dictámenes previos también de este organismo N°1077/15²⁶, entre otros.-

2. Solicitar se instruyan las acciones investigativas correspondientes para determinar responsabilidades administrativas (en su caso); civiles²⁷ y o penales, determinando, a través del departamento y/u órgano correspondiente, la eventual existencia de delito penal (arts. 249 y/o 260 del C. Penal o el que pueda corresponder), debiendo a ese efecto DARSE VISTA a la DIRECCION DE ASUNTOS JUDICIALES Y A LA

²⁶Dictamen completo puede consultarse en www.fiscalia.mendoza.gov.ar precedentes. En parte pertinente expresa: "...Por el contrario si consideramos que en el caso concreto el vicio es GROSERO, significa que los actos administrativos serían inexistentes y conforme lo previsto por el art. 76 de la Ley 3909, los actos administrativos carecen de estabilidad, no se consideran regulares, carecen de presunción de legitimidad y ejecutividad y los particulares no están obligados a cumplirlo y los agentes tienen el derecho y el deber de no cumplirlo ni ejecutarlo; por ello son revocables por la administración en sede administrativa. En este sentido esta Dirección de Asuntos Administrativos tiene dicho en Dictamen N° 1320/2010 de fecha 05/10/2010 que: "... la naturaleza y evidencia del vicio (que incluso está reconocido por la recurrente) impide que el mismo adquiera estabilidad, en los términos del art. 96 de la Ley 3909, habida cuenta que el mismo pierde la característica de "regular" que el citado instrumento legal requiere para que adquiera ese carácter, pudiendo ser revocado por la propia administración... por lo que se encontraría "groseramente" viciado (arts. 49 segunda parte, 50, 52 inc. a) y b) de la Ley 3909) siendo procedente en consecuencia, la revocación del mismo en la órbita administrativa (art. 76 de la Ley 3909) conforme doctrina sentada por la SCJ Prov. En causas "Vega" (29/114/06) y "Guzmán Mario c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Prov. Y otro" (S 222-209, 24/07/1991) ya que, al reconocer la antigüedad en violación la prescripción de los arts. citados se ha transgredido una normativa prohibitiva, por lo que el mencionado acto no es apto para generar verdaderos derechos subjetivos y carece asimismo de estabilidad, debiendo la administración así declararlo restituyendo el imperio de la legalidad objetiva. Expresamente sentenció la Suprema Corte de Justicia en la causa N° 86.429, caratulada: "PROVINCIA DE MENDOZA EN J° 29.647/163047 VEGA JOSÉ VICTOR C/ PROVINCIA DE MENDOZA C/ ACC. DE AMPARO S/ INC. CAS." (29/11/06) - III Conclusiones- que: "... Coincidimos con la doctrina especializada en el tema que sostiene que la anulación de oficio es categorizada como un deber de la Administración, es decir, como una potestad administrativa de uso obligatorio, de modo que cuando ella es procedente, su ejercicio constituye una obligación de ejercicio inexcusable". Y en que es procedente aún cuando el acto estuviere firme "pero no hubiere generado derechos o hubiese generado sólo intereses o deberes" (Julio Rodolfo Comadira, "La anulación de oficio del acto administrativo". La denominada "cosa juzgada administrativa", 2ª ed., Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 1998, p. 228)... También ha considerado que el error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de ley, transgrediendo una prohibición de orden jurídico (art. 52 inc. a) y estar en discordancia con la situación de hecho reglada (art. 52 inc. b) son vicios "groseros" en el objeto y determina la inexistencia del acto y su irregularidad, por lo que no genera verdaderos derechos subjetivos y carece de estabilidad, reconociendo que en esta situación es procedente la revocación en sede administrativa (caso "Guzmán, Mario c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia y otro", Expte. N° 45.885, S222-209, 24/07/1991, sosteniendo similar criterio en el caso "Basso Ema E. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza", 51.745, S 277-066, 04/02/1998). Asimismo, la entidad y evidencia del vicio permitiría calificarlo como "grosero", ya que surge en forma incuestionable e indiscutible el mismo, no requiriendo ningún tipo de investigación para su demostración, por lo que su revocación, conforme doctrina también sentada por el máximo tribunal provincial, deviene en posible en la órbita administrativa ("Lencinas Bazán A. c/ Provincia de Mendoza", autos 38.331, S 167-021, 05/02/1981)". En este mismo sentido también se ha pronunciado esta Dirección en dictamen N° 348/2015...".

²⁷Cabe destacar que se consideren las normas en análisis grosera o gravemente viciada según razonable fundamentación de la autoridad administrativa competente, en cualquier supuesto los efectos de la misma es retroactiva -arts. 76 inc. d) y 75 inc. e) de la Ley N°9003- por lo que procede necesariamente el recupero de los montos mal percibidos.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

UNIDAD DE INVESTIGACIONES PATRIMONIALES Y ASUNTOS PENALES
esta Fiscalía de Estado (arts. 14 y 27 de la Resolución N°42/18 FE);

3. Dar vista de la presentes actuaciones:

3.1. al Auditor de Investigaciones Administrativas y Ética Pública, en el marco de lo dispuesto en el art. 1, 27, inc. 1, 7 y cctes. de la Ley N°8993 para su compulsión e intervención a los efectos de evaluar el inicio de las investigaciones sumarias correspondientes; y

3.2. al Honorable Tribunal de Cuentas a los efectos legales que pudieren corresponder (art. 43 y cctes. de la Ley N°1003).

4. Extraer compulsión de la presentación efectuada por la ex Intendente, Sra. Norma Trigo, a fin de formar nuevo expediente para investigar los hechos que allí denuncia respecto a las actuales autoridades municipales, debiendo darse VISTA de las mismas a los denunciados.

Sirva la presente de atenta nota de elevación

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS -FISCALÍA DE ESTADO-.

Mendoza, 18/03/20.

Dictamen N° 350/20. LF. AA. DG.



Gobierno de la Provincia de Mendoza

2020 - Año del Bicentenario del paso a la inmortalidad del Gral. Manuel Belgrano

Nota

Número:

Mendoza,

Referencia: denuncia Intendenta Santa Rosa

A: Fernando Mario Simón (FISCESTADO),

Con Copia A:

De mi mayor consideración:

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 16 pagina/s.

Sin otro particular saluda atte.