



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Ref.: EXPEDIENTE N° 364-D-2017-91304.

AI SEÑOR:

FISCAL DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

Dr. FERNANDO MARIO SIMON

S_____D

Las actuaciones de referencia han sido remitidas para dictamen, en relación a la solicitud de reconocimiento del adicional de antigüedad solicitado por el Sr. Quiroga Marcos Omar, por el período en que se desempeñó en el cargo de Asesor de Gabinete con funciones de Director Ejecutivo del Programa de Unidad de Financiamiento Internacional, durante el período comprendido entre el 31/08/2012 y el 31/10/2015. La justificación de la remisión se encuentra prevista en el marco de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley Provincial N° 9.122 y art. 7 del Decreto Acuerdo N° 2.356/18.

I.- Como antecedentes de importancia para la emisión de la opinión solicitada, verifico los siguientes:

a.- A fs. 1 se presenta el Dr. Marcos Omar Quiroga y solicita el reconocimiento del adicional de Antigüedad por el período comprendido entre el 31/08/2012 y 31/10/2015, durante el cual cumplió funciones como asesor de gabinete y Director Ejecutivo de programas de la UFI.

b.- A fs. 03/09 se adjunta situación del revista del solicitante, certificado expedido por la Subdirección de Recursos Humanos del Ministerio de Hacienda, manifestando que el solicitante ha cumplido las funciones de asesor de gabinete, siendo designado mediante Decreto N° 1486/12; y liquidación del adicional.

c.- A fs. 11 consta dictamen de la CGP, el cual expresa que previo deberá emitir dictamen la Asesoría Letrada del Ministerio a fin de



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

determinar la procedencia del reclamo efectuado; en caso de corresponder deberá actualizarse el calculo de fs. 9 y la economía conveniente de acuerdo a lo dispuesto en el art. 26 de la Ley Nº 9.033; y por último expresa que deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 80 del Decreto Nº 1.000/15, reglamentario de los arts. 80, 81 y 82 de la Ley Nº 8.706.

d.- A fs. 13/15 obra dictamen emitido por la Subdirección de Asuntos Legales del Ministerio de Hacienda y Finanzas, en el cual y luego de un exhaustivo análisis del tema sujeto a dictamen concluye que estima corresponde hacer lugar al reclamo formulado y por ende reconocer la antigüedad al agente Marcos Omar Quiroga, en virtud de lo dispuesto en el art. 53 de la Ley Nº 5.126. Aclara que lo que se resuelve es el reconocimiento de los años que prestó funciones como Asesor de Gabinete y su incorporación al cómputo de los mismos, en el adicional reclamado, el cual se pagaría a partir de su incorporación al régimen previsto en el estatuto del empleado público. Expresa que en virtud de ello, considera que debería darse vista a Asesoría de Gobierno y a la Dirección de Recursos Humanos en el marco de lo dispuesto en la Ley Nº 8.706 y el Decreto Nº 803/53.

e.- A fs. 18 la Directora General de Recursos Humanos, manifiesta que debe hacerse lugar a lo reclamado.

f.- A fs. 29 rola dictamen de la Asesoría de Gobierno, el cual expresa que no corresponde su intervención, en razón de que no se dan los supuestos contemplados en el art. 4 del Decreto 2930/91. Considera que la cuestión puede eventualmente llegar a conocimiento y decisión del Poder Ejecutivo por vía jerárquica o de Alzada, por lo cual tampoco correspondería su intervención (art.5 del Decreto 2930/91). Recomienda que se proceda al dictado del acto administrativo correspondiente atento a que ya se ha expedido en forma acabada el servicio jurídico del Ministerio, la oficina de personal y la Contaduría General de la Provincia.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

g.- A fs. 31/43 la Subdirección de Personal acompaña nuevos cálculos del adicional de antigüedad que reclama el Sr. Quiroga.

h.- A fs. 44 vuelve a emitir dictamen la CGP, el cual expresa que otorga el VB a los cálculos realizados a fs. 40/42, en relación al importe correspondiente al período comprendido entre el 10/2017 y el 12/2019 por tres años de antigüedad.

i.- A fs. 54 rola sub volante de imputación preventiva, a fs. 55 obra volante de imputación definitiva.

II.- En este estado toma intervención esta Fiscalía de Estado 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 Constitución Provincial, Ley Nº 728 de Fiscalía de Estado, Decreto 1428/18, art. 15 de la Ley Provincial Nº 9.122, y art. 7 del Decreto Acuerdo Nº 2.356/18. Al respecto cabe efectuar las siguientes consideraciones:

- 1.** El problema interpretativo en el presente supuesto radica en determinar si al reclamante se le aplica la normativa prevista en el art. 53 de la Ley Nº 5126, a los efectos de computarle la antigüedad generada en su función de "Asesor de Gabinete con funciones de Director Ejecutivo del Programa de UFI" (Clase 075, fuera de nivel) del Ministerio de Hacienda y Finanzas, al ser designado en planta de la Administración Pública Provincial por Decreto Nº 1144/15 (Clase 12).
- 2.** En este sentido, es oportuno señalar que la S.C.J. Provincial, en Salas con diferente composición, ha tenido oportunidad de manifestarse en causas análogas (con la particularidad de que la antigüedad que se reclamaba derivaba de vínculos establecidos mediante contratos de locación de servicio –que entiendo equiparable a la presente en tanto en ambos supuestos no existe relación de empleo público "stricto sensu" sometida al estatuto de empleo público o normas especiales



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

que rijan el sector de que se trate-), habiéndose adoptado dos posiciones diferentes con diversos fundamentos, pudiendo sintetizarlos -a los efectos del presente dictamen-, de la siguiente manera: **a)** en una posición que podría denominarse **AMPLIA**, parte de la S.C.J. Provincial (Dres. Palermo, Adaro y Gómez) han entendido que la antigüedad derivada de contratos de locación de servicios con la Administración Pública debe computarse a los efectos del cálculo de la antigüedad en el marco del art. 53 de la Ley Nº 5126; y **b)** otra postura, que podría consignarse como **RESTRICTIVA** (Dres. Pérez Hualde, Valerio y Nanclares), que entiende que esa antigüedad solo puede computarse válidamente cuando se ha generado por una vinculación nacida al amparo del procedimiento de selección para el ingreso a la administración pública.

Entiendo relevante en este estado, efectuar una breve reseña de los fundamentos que asisten a cada una de las posturas jurisprudenciales reseñadas precedentemente, con el objeto de poder arribar finalmente a una solución del caso concreto sometido a análisis de esta Fiscalía de Estado.

Así, en la causa "Zaffaroni"¹ el voto en disidencia del Dr. Omar Palermo (MINORITARIO) expresa que: *"...tampoco cabe acá confundir los presupuestos y alcances de la estabilidad del empleado público, de los otros derechos distintos pero con igual rango constitucional como es el derecho a una "retribución justa" y el derecho a "igual remuneración por igual tarea..."*.

En el fallo "De la Roza Bustos, Elcira G. c/ Gob. De la Provincia (Poder Judicial) p/ APA"², el Dr. Palermo (magistrado preopinante) reitera y amplía los fundamentos dados en su voto dado en "Zaffaroni" (voto adherido por el Dr. Mario Adaro y el Dr. Alejandro

1 SCJ Provincial; Sala 1; 21/11/13, LS 460-237.

2 SCJ Provincial; Sala 2; 23/08/17.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Pérez Hualde³ -quien explica su alejamiento en el caso concreto de la doctrina que sostuvo en "Zaffaroni"); recordando que: *"...En un caso sustancialmente análogo al presente (Expte. N° 105.785, caratulado: "ZAFFARONI, OSCAR Y OTS. C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA S/A.P.A." expresé, en disidencia, que la regulación genérica de los derechos, deberes y prohibiciones propios de los empleados públicos surgen del Decreto-Ley 560/73. Sostuve particularmente que el art. 15 de este cuerpo normativo general distingue de manera clara entre el conjunto de derechos a la «estabilidad», por un lado, del derecho a la «retribución justa» por el otro.*

En esta línea, entendí que algunos derechos se derivan del primero -como el de «igualdad de oportunidad en la carrera», a los «traslados y permutas» o el «reingreso»-, pero nunca que derechos fundamentales como el de ser retribuido por el trabajo prestado alcancen solamente al personal de la planta permanente, pues ello es contrario hasta con el texto expreso de la misma norma jurídica (art. 15, 2º párr.).

Por tanto, expuse en el citado voto, así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Madorrán" diferenció con toda claridad los presupuestos y alcances del derecho a la «estabilidad del

³En este supuesto concreto, el Magistrado explica las razones por las cuales varía el criterio sustentado en "Zaffaroni", manteniendo su criterio restrictivo pero entendiendo que la situación fáctico jurídica es distinta al expresar: *"... Adhiero al voto de mi colega preopinante, no obstante lo cual debo aclarar que si bien la solución aquí propiciada resulta diversa a la que propuse con mi voto en el fallo citado más arriba, in re "Zaffaroni" (L.S. 460-237), como también la que expresé recientemente en "Perelman" (sent. del 31.07.2017 en expte. n° 13-02859528-4), ello se debe al criterio restrictivo que entiendo debe aplicarse respecto del asunto aquí controvertido, cuando el modo de ingreso del agente a la planta de la Administración Pública se produce como consecuencia de acuerdos paritarios, situación diversa a la traída a estudio del Tribunal en esta causa, en que se trata de una agente pública que ingresó a la Magistratura luego de someterse al trámite constitucional previsto a tal efecto, lo que implica -en lo que aquí interesa- haber rendido los exámenes correspondientes al concurso respectivo para acceder al cargo, razón por la cual no debe aplicarse tal restricción vinculada a acuerdos colectivos que no previeron la generación del derecho al cómputo de la antigüedad por servicios prestados durante la locación de servicios del ingresante, sino que en este caso debe aplicarse lisa y llanamente las previsiones contenidas en el artículo 9 de la Ley n° 4322 (según su texto dado por el art. 42 de la Ley n° 5973), conforme se interpreta en el voto al que aquí adhiero -con la salvedad mencionada no aplicable en este caso-..."*



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

empleado público» del otro consistente en «la protección contra el despido arbitrario»; aquí y ahora, este Tribunal no debe confundir los presupuestos y alcances de la estabilidad del empleado público de los otros derechos, distintos pero con igual rango constitucional, como ser: el derecho a una «retribución justa» y el derecho a «igual remuneración por igual tarea» (Fallos 330:1989). Estos derechos, al igual que el resto de los reconocidos en el mismo primer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, alcanzan no sólo al trabajo dependiente regulado por el derecho privado sino también, sin distinciones, «a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo con la Administración nacional, provincial o municipal o la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires» (C.S.J.N., in re "Cerigliano", Fallos 334:398).

De esta manera, al igual que en el citado caso, aquí también son precisamente estos derechos -y no tanto la estabilidad- los que han sido alegados por la actora y cuyo alcance corresponde determinar en autos.

Por añadidura, resulta valioso recordar que el derecho a una retribución justa tiene expreso reconocimiento en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al establecer que la «remuneración» debe proporcionar al trabajador «un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie». Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que toda persona que trabaja tiene derecho, «sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual» (Art. 23, inc. 2), como así también «a una remuneración equitativa y satisfactoria» que le asegure a él y a su familia una existencia digna (inc. 3). De un modo similar lo dispone el art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Del mismo modo, el art. 3 del Convenio de la O.I.T. n° 100 (1951) sobre igualdad de remuneración, expresa que las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan deben resultar de evaluaciones objetivas de los trabajos que han de efectuarse. De lo contrario tales diferencias pueden constituirse en discriminatorias y, por ende, contrarias al principio de igualdad. A tales efectos el art. 3 del Convenio de la O.I.T. n° 111 (1958) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, establece que el término «discriminación» comprende no solamente a la «distinción, exclusión o preferencia» basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, sino también a «cualquier otra que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación» (inc. b).

Particular relevancia reviste, en la especie, determinar si los «servicios» prestados por la actora bajo el régimen de locación civil predispuesto por la Administración, previo a su incorporación a la planta permanente, encuadran o no en la hipótesis prevista en el artículo 9º de la Ley 4322 -norma considero aplicable en el caso y no la Ley 5126 referida en la demanda- toda vez que su texto expresa: "A partir del 1 de enero de cada año este personal percibirá en concepto de Adicional por Antigüedad, por cada año de servicio o fracción mayor de seis meses que registre al 31 de diciembre inmediato anterior, la suma equivalente al dos con sesenta centésimos por ciento (2,60%) de la asignación del cargo correspondiente a su situación de revista. La determinación de la antigüedad total de cada agente se hará computando los servicios no simultáneos cumplidos en forma ininterrumpida o alternada en Organismos Nacionales, Provinciales o Municipales. Para los Magistrados este adicional se calculara sobre el importe equivalente a la suma de la asignación del cargo más el adicional por Magistratura



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Constitucional correspondientes a su situación de revista” (Texto según Ley Nº 5973, Art. 42, B.O.: 31/03/1993).

La única limitación prevista por la normativa citada, consiste en que la determinación de la antigüedad total de cada agente se hace computando “los servicios no simultáneos cumplidos en forma ininterrumpida o alternada en Organismos Nacionales, Provinciales o Municipales.” A su vez, se colige de ello que la norma no distingue entre trabajadores con estabilidad o contratados, de manera que no puede hacerse semejante distinción donde la ley no lo ha hecho, máxime cuando la misma resultaría en perjuicio de los derechos del trabajador.

Sobre la cuestión se ha señalado que el personal «contratado» se encuentra en una situación compleja, en el sentido que no es de planta o de carrera y está vinculado por un contrato que se define expresamente como de naturaleza temporal (GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo” - 10ª edición. Ed. F.D.A. Buenos Aires. 2009. Pág. XIII-7).

Dicha complejidad deriva no sólo de posibles desviaciones que la Administración pudiera cometer en la aplicación del régimen para el personal transitorio -cuya contratación autoriza el art. 8 del Decreto-Ley 560/73- sino, especialmente, porque tal personal contratado puede serlo también bajo un régimen de Derecho Privado, lo cual conduce a la difícil cuestión de resolver en la práctica si tal contratación, bajo el nomen iuris del contrato de locación de servicios (o de obra), en realidad cubre una verdadera relación de trabajo dependiente.

Esta situación ha llevado a concluir que corresponde desplazar la noción de «contrato de empleo público», para dar paso a una más amplia, la de «relaciones de empleo público»; en la cual el término «público» no se vincula con el régimen aplicable, sino con el carácter



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

de las actividades que llevan a cabo los agentes y por el sujeto empleador (IVANEGA, Miriam. "Las relaciones de empleo público". 1ª edición. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2009. Pág. 101)... En conclusión, reconocido el carácter laboral de las locaciones, de ello no puede menos que seguirse la consiguiente consideración de lo ya «trabajado» como antigüedad en el empleo, para todos los efectos, tanto para determinar una indemnización, como para acreditar experiencia previa en la función e idoneidad a los efectos de un concurso de ascenso, y también, del mismo modo, al objeto del cálculo de la remuneración..." (en el fallo "Fernández Nélide D. c/ IPV p/APA⁴", el Magistrado preopinante, Dr. Valerio, sostuvo la posición restringida y los Magistrados, Adaro y Palermo, en disidencia, adoptan la posición AMPLIA conformando la mayoría).

En el fallo "Segura Marcela c/ Gob. de la Provincia de Mendoza p/APA⁵" el Dr. Alejandro Pérez Hualde, mantiene su postura restrictiva (adherida por el Dr. Nanclares conformando la mayoría) entendiendo que en cuanto al requerimiento de la Sra. Segura sobre el reconocimiento de su antigüedad desde el momento en que comenzó a prestar servicios en la Administración bajo la modalidad de contrato de locación de servicio, entendiendo que la situación planteada en este caso es análoga a la resuelta por el Tribunal en el fallo "Zaffaroni" y, más recientemente, en "Perelman⁶" (CUIJ N° 13-02859528-4), en los que se recordó la jurisprudencia según la cual el reconocimiento de la antigüedad en la prestación del servicio es un derecho que se le otorga al personal con estabilidad, no a los contratados, lo cual surge de la normativa legal aplicable en cada estamento administrativo. Considera que su cómputo genera la posibilidad de cobrar adicionales, como un posible avance en la

4 SCJ Provincial; Sala 2; 18/10/17.

5 SCJ Provincial; Sala 1; 12/03/18.

6 SCJ Provincial; Sala 1, 31/07/17.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

carrera, siempre que se cumplan las disposiciones estatutarias del régimen respectivo.

Sostiene que: *"...En el presente caso, en similar sentido a lo analizado en dichos precedentes, también se arribó mediante negociaciones colectivas a la regularización de la situación personal de los contratados mediante locación de servicios por la Administración Pública, no obstante lo cual las previsiones en concreto sólo dispusieron su pase a planta permanente mas no el reconocimiento del derecho a percibir el adicional por antigüedad en la medida que la actora pretende...Ahora bien, no debe olvidarse que tanto en materia de contratos públicos, como en los demás ámbitos en que se desarrolla su actividad, la Administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (Fallos 316:3157). Esto último no implica negar la forma autónoma y descentralizada de legalidad a que conlleva la negociación colectiva en el ámbito del sector público, sino simplemente afirmar que tales convenciones colectivas no pueden ser interpretadas de manera tal que se les termine por otorgar una jerarquía y extensión normativa superior al marco de legalidad formal fijado por el legislador, tanto para el desarrollo de la paritaria como para la ejecución de lo acordado. Así entonces, avanzar por vía pretoriana sobre tópicos que no surgen en forma expresa de los acuerdos paritarios, más aún cuando no se pone bajo sospecha la constitucionalidad de las leyes dictadas por el legislador provincial; conllevaría a la incuria de invadir*



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

esferas propias de otro Poder del Estado al que el constituyente le ha atribuido la competencia de crear los cargos y de dictar la ley especial que rija en materia de retribución del empleo público. En tal contexto jurídico esta Sala interpreta el art. 7, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual expresa que: "Los Estados... reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: "...c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad". A partir de la conjunción "y" utilizada, se ha advertido que no basta el mero transcurso del tiempo en la prestación del servicio de que se trate para acceder al ascenso en el empleo, sino que a ello se suma otro recaudo denominado "capacidad" (L.S. 443-163).

En un marco como el descripto y frente a las máximas señaladas, resulta excesiva la pretensión de la accionante, no obstante lo cual, conforme a las pautas arriba observadas y de acuerdo a lo que las partes acordaron en el acuerdo paritario suscripto el 21-6-2011, ratificado por Decreto N° 2106 y homologado por Ley N° 8372 (B.O.14-12-11) ("los contratados con locación de servicio pasarán a planta permanente efectiva en el siguiente cronograma: hasta el año 2002 pasarán a planta hasta el 31 de diciembre de 2011 y por los restantes años del 2003 hasta diciembre del 2010 serán pasados a planta de la siguiente manera: año 2003/2004 hasta junio de 2012..."), no existiendo controversia acerca de que la beneficiada se encontraba alcanzada por tal acuerdo y que su contratación mediante locación de servicios fue en el año 2004, entiendo que la fecha límite para su designación en planta permanente era junio de 2012, lo que no fue respetado por la



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

demandada (ver Resolución N° 493, del 28-6-13, fs. 68/76 expte. N° 1952-D-2015-00020)...".

En este fallo, el Dr. Gómez, en disidencia parcial (remitiendo a lo dicho en Zaffaroni" por el Dr. Palermo) entiende que: *"...en relación a las consideraciones desarrolladas sobre el adicional por antigüedad. Al respecto, entiendo que la norma de aplicación prevé la situación que aquí se plantea y no se la ha aplicado como correspondía... constituye un inveterado criterio jurisprudencial de nuestra Corte Federal, que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo para determinar su sentido debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma, ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (Fallos: 311:1042; 320:61 y 305; 323:1625 y 313:1007; entre otros).*

En razón de tal criterio, la norma transcripta es clara en cuanto posee dos párrafos, el primero de los cuales recepta y regula el adicional por antigüedad, en relación al cual determina que corresponde su pago al personal de la Administración Pública, con lo cual resulta lógico que no se abonara el mismo a la actora sino a partir de su pase a planta, que en este caso fue a la permanente, aunque de haber sido a la temporaria también hubiera correspondido su abono.

Ahora bien, en su segundo párrafo la norma también es clara y estipula cómo debe computarse la antigüedad a los efectos del pago del adicional referido en el anterior párrafo, y al respecto no formula distinción alguna sobre si los servicios prestados a la Administración Pública nacional, provincial o municipal, fueron realizados bajo alguna modalidad flexible de contratación o alguna otra específica del



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

derecho administrativo, por lo cual no le cabe al intérprete formular distinciones allí no contempladas. La única limitación prevista se refiere a que la determinación de la antigüedad total de cada agente se hace computando los servicios no simultáneos cumplidos en forma ininterrumpida o alternada en organismos públicos.

En razón de lo anterior, la demandada debió hacer lugar al reclamo de la actora en este punto sin más y computar su antigüedad desde el primer servicio en adelante que prestó a la Administración Pública y que fuera abonado por ésta.

Coincidió con el voto emitido en minoría por el Dr. Palermo en el fallo "Zaffaroni" (L.S. 460-237), (que el distinguido colega preopinante recuerda en su fundada opinión) en cuanto se sostiene con acierto que no existe ligadura entre estabilidad del empleado público y derecho a una retribución justa que conlleva la interpretación formulada en el voto preopinante. En efecto, tal como allí se destacó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Madorrán" diferenció con toda claridad los presupuestos y alcances del derecho a la «estabilidad del empleado público» del otro consistente en «la protección contra el despido arbitrario»; por lo cual, aquí y ahora, este Tribunal no debe confundir los presupuestos y alcances de la estabilidad del empleado público de los otros derechos, distintos pero con igual rango constitucional, como ser: el derecho a una «retribución justa» y el derecho a «igual remuneración por igual tarea» (Fallos 330:1989). Estos derechos, así como el resto de los reconocidos en el mismo primer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, alcanzan no sólo al trabajo dependiente regulado por el derecho privado sino también, sin distinciones, «a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo con la Administración nacional, provincial o municipal o la específica de la



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Ciudad Autónoma de Buenos Aires» (C.S.J.N., in re "Cerigliano", Fallos 334:398).

Por ello, asimismo, entiendo que el hecho de no haber convenio colectivo referido al específico reconocimiento pretendido por la actora en este punto, no permite afirmar que el régimen jurídico nada dice al respecto o que no haya disposición legal que funde el reclamo de la accionante, ya que tal como se ha visto existe una norma local que expresamente prevé el aspecto analizado y lo hace de forma tal que correspondía hacer lugar a lo peticionado por la interesada en sede administrativa y luego en esta causa. Esto es así en razón del principio de legalidad conforme la norma del art. 53 de la Ley 5126 citada. Tal solución es la que corresponde conforme esa regla de aplicación..." (Igual posición mantuvo el Dr. Gómez en el caso "Del Campo, Guillermina E. c/ Gob. de la Provincia de Mendoza s/APA"⁷, con su disidencia parcial, mientras que, los Dres. Nanclares –preopinante- y Pérez Hualde, mantuvieron la posición restringida antes citada).

- 3.** Efectuada esta breve pero necesaria reseña jurisprudencial que alerta ya sobre lo opinable de las cuestiones que se debaten y la existencia de diferentes posiciones en relación al mismo, anticipo mi opinión en relación a que el caso concreto debería resolverse en el marco de postura AMPLIA sostenida por miembros del tribunal cimero provincial, a favor de la petición del reclamante, considerando que los razonamientos efectuados en los fallos sintetizados precedentemente, resultan aplicables a la presente causa, aun cuando la relación cuya antigüedad se persigue incorporar, devenga del lapso temporal producido en el marco de una relación de empleo público generada por uno de los cargos de los denominados "de mayor jerarquía" (Asesor de Gabinete), y que, como anticipáramos, me permite la

⁷SCJ Provincial; Sala 1; 01/03/18.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

analogía, en tanto se encuentra igual que los contratos de locación de servicio y/u obra, excluidos de las regulaciones del Estatuto del Empleado Público o normas especiales que rigen el sector que corresponda, compartiendo, en términos generales los argumentos esgrimidos por los magistrados citados.

4. Así las cosas, considero que la petición efectuada por el presentante tiene su fundamento en el art. 15 inc. b) del Decreto Ley Nº 560/73, en tanto reconoce como derecho de los agentes públicos el de percibir una "retribución justa", comprensiva, en principio, de los adicionales que la Ley Nº 5126 prevé, en este caso, el del art. 53 de ese instrumento legal, el cual expresa: *"A partir del 1 de enero de cada año el personal percibirá en concepto de Adicional por antigüedad, por cada año de servicio o fracción mayor de seis meses que registre al 31 de diciembre inmediato anterior, la suma equivalente al dos por ciento (2%)* de la Asignación de la clase correspondiente a su situación de revista. La determinación de la antigüedad total de cada agente se hará computando los servicios no simultáneos cumplidos en forma ininterrumpida o alternada en Organismos Nacionales, Provinciales o Municipales. (Texto según Ley Nº 5973 - Art. 40 - V.A. L. 5198) (Ver además, art. 36 Ley 7091 de presupuesto 2.003, art. 45, 54 y 55 de la Ley de presupuesto 2004 Nº 7183).*
5. Sin perjuicio de la remisión efectuada a los argumentos jurisprudenciales desarrollados por los magistrados que sostienen la postura que he denominado AMPLIA, entiendo oportuno efectuar las siguientes consideraciones:
 - 5.1. **Principios de orden Convencional y Constitucional:** En primer término y en forma general, entiendo que la posición asumida es coherente con los principios de orden Convencional y Constitucional, contenidos en los siguientes instrumentos:



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

a) En la Constitución Nacional que en su artículo 14 bis, establece el principio de igual remuneración por igual tarea y en la Declaración Universal de Derechos Humanos; que en su artículo 23, incisos 2º y 3º garantiza que toda persona que trabaja tiene derecho *"sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual"* y a *"una remuneración equitativa y satisfactoria..."*.

b) En el art. 16 de la C. Nacional, arts. 30 y 32 de la C. Provincial (principio de "igualdad ante la ley"), ya que no sería procedente establecer una diferenciación restrictiva sin fundamento legal, razonable y expreso.

c) En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XIV prevé que *"Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas"* y a *"recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia"*.

d) En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 7º apartado a, i) reconoce a toda persona el derecho a gozar de *"un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie"*. Por su parte, la Opinión Consultiva Nº 18 del año 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que: *"Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la*



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”.

e) En el art. 7 inc. a) de Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (ratificado por Ley Nº 24.658); el cual expresa: *“Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;...”*.

f) En el Convenio de la OIT Nº 95, ratificado por nuestro país el 24 de septiembre de 1956, se establece que el salario refiere a la ganancia que percibe el trabajador en contraprestación a las tareas brindadas.

g) En el Convenio OIT Nº 100 y en el preámbulo de la Constitución de la O.I.T., que propugnan el reconocimiento del principio de salario igual por trabajo de igual valor y contemplan el principio de igual remuneración por igual trabajo sin discriminación alguna.

5.2. La pretendida exclusión del régimen de empleo público provincial: la antigüedad que el Sr. Quiroga reclama, a efectos de que sea computada para el cálculo del adicional por antigüedad comprende la prestación de servicios al Estado efectuada entre agosto del 2012 hasta octubre del 2015, en un cargo de los denominados “de mayor jerarquía” regulados en



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

el Anexo VI de la Ley Nº 5811, y que en principio, estarían fuera del ámbito de aplicación del Decreto Ley Nº 560/73 y sus modificatorias, dado que el art. 2 inc. g) excluye expresamente a este personal del alcance del mencionado estatuto, el cual dice: *"...los que desempeñen comisiones especiales o hayan sido designados para misiones o trabajos que por su naturaleza son temporarios..."*.

No me parece que este argumento sea suficiente para rechazar la petición del Sr. Quiroga, toda vez que al interpretar el alcance de la previsión reseñada ut supra, esta DAA (vg. Dict. Nº 155/11), en concordancia con dictámenes de la Asesoría de Gobierno, ha entendido que la exclusión referida lo es respecto del régimen de estabilidad pero no de las restantes normativas en tanto las mismas no resulten incompatibles con la naturaleza de este tipo de relación .

En el dictamen aludido expresé que: *"...En efecto, es doctrina sentada por Asesoría de Gobierno de que si bien los Directores son uno de los funcionarios excluidos del Régimen del Empleo Público conforme el artículo reseñado del Decreto Ley Nº 560/73 modificada por el art. 2 de la Ley Nº 320 -que expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los "Directores"-, no por ello se tornan inaplicables las normas que sobre la materia el mismo contiene, habida cuenta de que ello importa básicamente una exclusión del derecho a la estabilidad, pero no de los principios o normas allí establecidos y en tanto los mismos no resulten incompatibles con su situación de revista o la índole del cargo que desempeña. En especial, se ha entendido que le resultarán aplicables las previsiones que sobre prohibiciones o inhabilidades posee previstas expresamente el mismo. Así lo ha considerado (y ha*



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

sido compartido por este Órgano de Control) la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza al expresar: "La prohibición o inhabilidad contenida en el inc. c) del art. 14 del Dec. Ley N° 560/73, tiene un evidente fundamento ético y constituye un verdadero principio general. ...La circunstancia de que, tanto en el estatuto general (Decreto Ley N° 560/73) como el Estatuto Escalafón Municipal (Ley N° 5892) existan funcionarios exceptuados de sus alcances, tal como lo ha dicho esta Asesoría y lo reconoce la doctrina (cfr. Emili Eduardo, "Los estatutos de los agentes del estado", en obra colectiva "Nociones de derecho administrativo", Mendoza, 199, pp 171 y 172), no importa sino, fundamentalmente, una exclusión del derecho a la estabilidad. No de los principios o normas allí contenidos y que no resulten incompatibles con su situación de revista o la índole de los cargos que desempeñan⁸ (la negrita me pertenece)..." (subrayado me pertenece).

Ello nos lleva a considerar primigeniamente que no puede considerarse excluido, con fundamento en este artículo y en la ausencia de "estabilidad", el derecho del agente ingresante a la Administración y ahora sometido incuestionablemente al régimen de empleo público, a que se computen, para el cálculo de la antigüedad, los años en que prestó servicios bajo otras modalidades (tales como contratos de locación o como personal de mayor jerarquía) en los términos legales (art. 53 de la Ley N°5126).

5.3. Caracterización actual de la "función pública" y alcance:

no puedo dejar de señalar además, que esta DAA, en dictamen N° 347/11 (11/04/11) –criterio reiterado posteriormente⁹– se

⁸ Asesoría de Gobierno, Dictamen N°60/96 en Expte. N°65-F-95.

⁹ Ver dictámenes Nros. 339/15, de fecha 23/04/15 y Nro. 1726/12, de fecha 28/11/12, entre muchos otros.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

ha inclinado por un criterio "sustancial" a la hora de precisar el alcance de los términos "empleo público" y/o "función pública" –lo que excluye la posibilidad de sostener la postura restrictiva antes señalada-, entendiendo al respecto que el texto de la Constitución Provincial del art. 13 es: "... *indudablemente abarcativo tanto de los funcionarios fuera de nivel como de los agentes sometidos al Decreto Ley Nº 560/73 y mod. o régimen especial que corresponda-...*".

En el dictamen aludido ut supra, en parte pertinente, con cita de doctrina de la PTN y fallos de la CSJN, se argumentó que: "... *en una primera etapa la PTN desarrolló también un concepto "restrictivo" y eminentemente "formal" respecto del concepto de funcionario público (con especial referencia al régimen aplicable a la naturaleza de la relación de empleo o al régimen aplicable a la entidad), llegando a entender, en relación al tema que me ocupa en el presente dictamen, que los Directores y Síndicos de sociedades estatales tales como las sociedades de Economía Mixta, las sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria y las sociedades del Estado, no eran funcionarios públicos*¹⁰.

*Esta posición doctrinaria, fue tomada incluso por la C.S.J.N. al resolver en el precitado caso "Hourquescos Vicente c/Tribunal de Cuentas de la Nación"*¹¹, en el cual el máximo Tribunal basó parte de su fallo en la doctrina sentada a esa fecha y al respecto por el aquel órgano de asesoramiento del

¹⁰PTN, Dictámenes, 177:56, 185:16, 187:99, 190:152, 191:49, 193:35 y 197:145 entre otros.

¹¹C.S.J.N. de fecha 20/02/2001, en el cual el tribunal hace suyos los argumentos vertidos por el Procurador General de la Corte. El actor demandó a la Nación Argentina a fin de que se declarara la nulidad de la resolución que fijó su responsabilidad administrativo patrimonial por haberse desempeñado simultáneamente como director remunerado de Petroquímica Bahía Blanca y en una Jefatura de Fabricaciones Militares. Acogida la pretensión en primera instancia la misma fue rechazada en la Cámara de Apelaciones y dedujo en consecuencia recurso extraordinario el que fue concedido en cuanto se cuestionaban normas federales (Ley Nº19.559 y Decretos Nº8566/61 y 898/89-).



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Poder Ejecutivo Nacional¹² e incluso, a las aclaraciones efectuadas en el art. 1º y en los considerandos del Decreto Nº 898/89 (Decreto que aclaraba que los Directores de las Sociedades con participación estatal no se encontraban comprendidos por los diversos regímenes de incompatibilidades vigentes¹³) argumento éste último poco feliz, toda vez que el mencionado Decreto era posterior a la observación formulada por la Sindicatura General de Empresas Públicas y había sido suspendido en su vigencia por las observaciones del Tribunal de Cuentas de la Nación en el marco del art. 87 de la Ley de Contabilidad entonces vigente¹⁴.

La doctrina administrativa mencionada, fue modificada por la misma Procuración del Tesoro de la Nación, el 05/03/2001 (es decir, apenas emitido el fallo citado ut. supra), al producir Dictamen al respecto, en cuyo texto expresamente se lee: "... Ahora bien, tal criterio (se refiere al "restrictivo" sostenido en los dictámenes que han sido señalados en el presente) para determinar si esas personas son o no funcionarios públicos aparece actualmente como restrictivo y parcial, puesto que se

¹²El fallo comentado expresamente consigna: "y si bien la situación planteada podía considerarse como jurídicamente dudosa o controvertida, tal como lo ponen de manifiesto las distintas posiciones asumidas por diferentes órganos de la administración pública (vg: la Sindicatura General de la Nación y el T.C.N, por un lado y por el otro la Procuración del Tesoro de la Nación)...". Punto IV, párr. 3 del fallo, en evidente referencia a los conceptos vertidos por este último órgano en dictámenes existentes a esa fecha en los cuales se adhería al criterio restrictivo. Expresamente se lee en el fallo de la C.S.J.N. que "Asimismo, el tribunal omitió ponderar que, durante el período en que el actor se desempeñó como Director de Petroquímica Bahía Blanca, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación era constante y pacífica en el sentido de que: a) los directores de sociedades estatales con participación estatal mayoritaria no son funcionarios públicos, aun cuando el estado llegue a ser propietario de la totalidad de las acciones, atento que aun en esta circunstancia mantendría su naturaleza jurídica regulada por el derecho privado...".

¹³El Decreto disponía: "Aclárese que las disposiciones sobre incompatibilidades del Decreto Nº 8566 del 22/09/1961 y de toda otra norma en la materia no son aplicables a los funcionarios de la Administración Pública Central, que además desempeñen funciones directivas o de control en los entes societarios con participación estatal, regidos por la ley Nº 19.550, 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..." (art. 1º). Es importante analizar también las argumentaciones vertidas en los considerandos de la norma reseñada, donde se pone de manifiesto la controversia existente y la resolución asumida en aquel momento en favor de considerar compatibles los cargos de marras.

¹⁴Conforme se consignó en nota 11 precedente. Aunque el fallo de la C.S.J.N. trata específicamente la justificación de su accionar entendiendo que aun cuando las normas no tienen efecto retroactivo, el Decreto Nº 898/89 se había limitado a aclarar "reglas ya existentes".



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

funda en que dichas sociedades están regidas por el Derecho Privado y, fundamentalmente, en que la relación entre sus directivos y el estado no está sometida a las normas generales que rigen el empleo público, sino a regímenes contractuales también de derecho privado (contrato de trabajo, locación de servicios, etc.), Además la mayoría de los casos decididos en tal sentido por este organismo Asesor estaban referidos a posibles situaciones de incompatibilidad con otros cargos públicos. Se trata entonces, de una visión del tema acotada únicamente a algunos de sus aspectos –el régimen laboral aplicable, la incompatibilidad con el desempeño de otros cargos públicos, la sujeción al Derecho Privado de las sociedades o sus autoridades-, que deja de lado una visión más amplia del concepto funcionario público...¹⁵”, para continuar desarrollando los nuevos aspectos a tener en cuenta para determinar los alcances de los términos aludidos.

En general, se puede poner de relevancia que el máximo órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional, muta a una interpretación amplia con fundamento en los conceptos que, relativo al tema poseen la "Convención Interamericana Contra la Corrupción"¹⁶ aprobada por Ley Nº 24.759¹⁷, la Ley Nº 25.188¹⁸ de "Ética en el Ejercicio de la Función Pública"¹⁹

¹⁵Dictamen de fecha 05/03/2001, emitido por Nota Nº24/01 de la Oficina Anticorrupción, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Punto I, párrafos 1, 2 y 3, citado precedentemente.

¹⁶Cita el art. I del Anexo I del Tratado con jerarquía suprallegal (art. 75 inc. 22 de la C.N.) en tanto el mismo entiende que para los fines de la mencionada convención se considera: "a) Función Pública": toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del estado o al servicio del estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. B) Funcionario Público, Oficial Gubernamental o Servidor Público; cualquier funcionario o empleado del Estado o sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".

¹⁷B.O. 17/01/97.

¹⁸B.O. 01/11/99.

¹⁹Con referencia a esta norma, trae a colación lo dispuesto en el art. 1º: a) la presente ley (...) establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del estado. B) Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanen-



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

(de la cual no existe paralelo o norma análoga en nuestra provincia, aunque parte de sus disposiciones pueden subsumirse en previsiones del Decreto Ley Nº 560/73 y mod. – vg. Art. 13 de la Ley Nº 25.188 es similar al art. 14 inc. b) del Decreto Ley Nº560/73-) e incluso resuelve con referencias al tratamiento que da a estos conceptos el Código Penal (especialmente arts. 77, doctrina y jurisprudencia generada en torno al mismo²⁰) para concluir considerando que para definir qué se entiende por "funcionario público" debe abandonarse el concepto "formal" como el precedentemente referido, y, con base en las argumentaciones referenciadas, aborda un criterio sustancial al efecto entendiendo que, para determinar esa figura, debe estarse a los siguientes parámetros: "a) la pertenencia a las filas del estado, entendiéndose el término estado en su sentido más amplio, comprensivo de la Administración Central y la descentralizada, las entidades autárquicas, las Sociedades del Estado y empresas del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, las Sociedades con

te, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

20 El art. 77 del Código Penal Argentino aclara que "por los términos funcionario público y empleado público usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente en el ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". A su vez la doctrina citada (Nuñez Ricardo, "El significado del concepto "funcionario público" en el Código Penal", JA 1970:544) considera que lo que caracteriza al funcionario público es el ejercicio de funciones públicas, posibilidad ésta derivada de la delegación hecha por el estado en una persona de la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público. Finalmente trae a consideración diversos fallos de la Cámara Nacional de apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que han sentado los siguientes principios: a) es funcionario público quien participa eficientemente en el ejercicio efectivo de la función pública en virtud de haber recibido por delegación, aunque sea en forma accidental, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público (Sala I, 18/09/98, "Moyano, María Cristina del Valle y otro s/ proces.", Causa Nº30.010, Reg. 787, J. 11, S.21, en similar sentido, Sala II, in re "Martínez J.O. s/ proces.", Causa Nº16.695, Reg. 17.980, J.7, S.14 y el 29/05/96 en "Testimonio de apelación del dictado de falta de mérito en relación a Félix A. Nicolini y otros en expte. Nº495 – Causa Nº12.180, Reg. 13.177, J.8, S.16 el 22/05/97 en expte. "Tedesco Balut y otros s/ procesam." – Causa Nº12.728, Reg. 14.223, J19, S. 17); b) en fallos de las Salas I y II de las mismas Cámaras que entendieron que eran funcionarios públicos los directores de la Comisión Mixta Argentino Paraguaya Río Paraná, pese a haber sido nombrados indirectamente por los estados contratantes a través de sus delegados, en razón de que los fondos que manejaba la entidad eran públicos ("Incidente de excusación de falta de acción Martínez Adalid, J. Causa Nº16.059, Reg. 17.221, J. 8, S. 16) y c) en el ya reseñado fallo del 29/05/96 ("Testimonio...") en donde entendió que era funcionario público un empleado de ENCOTESA, respecto de lo que cual no era obstáculo que ésta fuera S.A. con participación estatal mayoritaria, o que las relaciones con su personal se rigieran por la L.C.T., convenciones u otras normas.



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Participación Estatal Mayoritaria o Minoritaria, y cualquier otro tipo de entidad, de Derecho Público o de Derecho Privado, de que el Estado se valga para sus actividades, cometidos u objetivos (v. art. 8 inc. b) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156, B.O. 29-10-92). b) La irrelevancia de la naturaleza jurídica de la relación que haya entre el estado y quien cumple funciones para él, y del régimen jurídico que rijan esa relación, y c) la prestación de servicios o el ejercicio de funciones para el Estado o a nombre del Estado (o ambas cosas) que conlleven o no participación en la formación o ejecución de la voluntad estatal - en cualquier nivel o jerarquía, en forma permanente, transitoria o accidental, remunerada u honoraria, enderezada al cumplimiento de fines públicos, sea cual fuere la forma o el procedimiento de designación del funcionario-” concluyendo en el punto VI del Dictamen parcialmente transcrito que: “...sobre la base de las consideraciones vertidas en el Capítulo anterior, opino en definitiva, que son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las sociedades Anónimas con participación Estatal Mayoritaria o Minoritaria, los de las sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el estado²¹”.

21 Conclusión final del Dictamen de fecha 05/03/2001 precitado, cuyos conceptos en este tema han sido sostenidos por la P.T.N. hasta la fecha, pudiendo citarse la reiteración de los mismos en los Dictámenes Nº 291/04 (14/07/04, PTN, Dictámenes, 250:87) y 00021/08 (01/02/08, PTN, Dictámenes, 264:92).



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Cabe consignar al respecto, que la irrelevancia de la naturaleza del vínculo que relaciona al interesado con el Estado se verifica también en la redacción del Decreto Nacional N° 894/01 (B.O. 13/06/01), que incorporó un párrafo final al art. 1 del Capítulo I –Incompatibilidades- del Decreto N° 8566/61, en el cual se consigna expresamente que: "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...". El texto explícito del mencionado reglamento, especifica la irrelevancia de la existencia de relación de empleo o contractual de diversa naturaleza, a los efectos de determinar la existencia de la incompatibilidad prevista para el caso concreto, siguiendo en este sentido la doctrina que se ha vertido en párrafos precedentes en relación a este punto específico, habiendo sido sostenida la constitucionalidad del mencionado reglamento por la mayoría de los órganos de asesoramiento administrativo nacional²² (Procuración del Tesoro de la Nación²³, Oficina Nacional del Empleo Público²⁴, la

22 Es necesario aclarar que, de los dictámenes y fallos analizados y que seguidamente se citan, no se observa que haya existido cuestionamiento respecto de este punto específico, ya que los análisis de inconstitucionalidad han versado específicamente sobre la posibilidad de que la norma reglamentaria derogara tácitamente la previsión del Decreto N°9677/61 -que preveía expresamente que el personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad no se encontraba alcanzado por las previsiones del Decreto N°8566/61, en tanto que el Decreto N°894/01 los incluye -, lo que fue admitido por la totalidad de los órganos de asesoramiento administrativo especificados.

23 Dictámenes, 239:229; 243:331, 252:344, entre otros. Incluso, la PTN, ratificó el criterio aun frente a fallos adversos respecto de la constitucionalidad de la norma contenida en el Decreto N°894/01, en causas "Camino, Dardo c/ Superintendencia de Servicios de Salud s/ acc. ord. de nulidad" de la Cámara de Apelaciones del Trabajo y "Raynoldi, Ernesto y otros c/Caja de Retiros y Pensiones de la Policía Federal", de la Sala I de la Cámara Nacional de apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Afirmó en esos supuestos que en la medida que no hubiera un pronunciamiento adverso de la C.S.J.N. y que difiera de las conclusiones sostenidas anteriormente a favor de la validez de la norma, no correspondía la revisión del criterio expresado (Dictamen 087 en el expte. N°7143/04 del 10/03/2005 y 113 en el expte. N°140.950/04 del 30/03/2005). Ello deriva también del concepto ya expresado que posee la PTN respecto del órgano competente para regir esta materia, es el Poder ejecutivo, habiendo expresado que "es del resorte exclusivo del Poder Ejecutivo Nacional disponer tal incompatibilidad dentro de su jurisdicción" (Dictámenes, 239:229 y 240:103).

24 Dictámenes ONEP 1708/01, 1754/01, 1808/01 y 1937/01 entre otros.



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Secretaría de la Gestión Pública y Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior²⁵ y del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos –pudiendo citarse como excepción al servicio jurídico del Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares²⁶ 0-) y por la C.S.J.N.²⁷.

De los fallos emitidos por el máximo órgano de justicia nacional posteriores al caso "Hourquescos" y al cambio de doctrina sentada por la Procuración del Tesoro de la Nación en el año 2001, se puede advertir un tácito acercamiento de la Corte Federal a la posición del órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional²⁸, toda vez que reconoce que la definición de "función pública" supera ampliamente el marco de la "relación de empleo público", en especial cuando de juzgar incompatibilidades se trata.

En ese orden de ideas, al resolver in re "Longombardo, Marta Cristina c/EN Mº DNRA p/Amparo Ley Nº16.986²⁹" , se lee: "... Es cierto que aquel régimen -se refiere al de los Directores de los Registros Nacionales de Propiedad del Automotor contenido en el Decreto Nº644/89- aclara que no tiene una relación de empleo, mas ello no significa que estén excluidos del régimen de

25 Dictamen emitido en expte. Nº22.700/01.

26 Dictamen Nº 240.404 del 30/07/01 emitido en expte. Nº 21/01.

27 Ver fallo: "Saralegui F. c/Estado Nacional PE s/amparo", Fallos: 329:123. Destaco que detrás de la postura del máximo tribunal se alinearon los distintos tribunales, que tenían en general posiciones contrarias a la constitucionalidad del decreto analizado. Así se habían pronunciado por su inconstitucionalidad la Sala I ("Facio, Juan A. c/ EN Min. Defensa, Dec. 894/01 s/amparo Ley 16.986", del 20/11/01); la Sala II ("Maglie Roberto, c/DNV Decs. 894/01 y 896/01 s/amparo Ley 16.986", del 16/12/04), la Sala III ("Puentes A. c/ EN Dec. 894/01 s/amparo ley 16.986", 26/02/02); la Sala IV ("García Basalo, Carlos A., c/EN M Justicia, dec. 894/01 s/amparo Ley 16.986", 30/08/02) y la Sala V ("Mora, Elsa M. c/EN, dec. 894/01 s/amparo Ley 16.986", del 31/12/03) de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal. Luego del fallo "Saralegui", se alinearon con el criterio de la C.S.J.N., en los casos "Ardita, Julio R. c/Estado Nacional s/dec. 894/01 dispos. 1002/02 s/proceso de conocimiento", del 22/04/06 (Sala II); "Díaz Oscar c/EN -dec. 894/01- s(proceso de conocimiento", del 17/07/06 (Sala III) y "Etienot, Fernando H. c/EN -dec. 894/01- s(proceso de conocimiento", del 22/03/07 (Sala V). Igualmente lo hicieron distintas Salas de la Cámara Nacional del Trabajo.

28 No existe expresa remisión a la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación.

29 CSJN, Causa Nº L.502 XLIV, fallado el 29/06/2010, en el cual el tribunal hace suyos los fundamentos y conclusiones dadas por la Sra. Procuradora Fiscal.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

incompatibilidades, pues el ámbito de aplicación personal y material de este último es más amplio que la mera relación de empleo público³⁰".

Para finalizar este acápite, y complementando los fundamentos dados en los dictámenes antecedentes a los cuales se ha remitido, cabe señalar que en la actualidad este es el lineamiento seguido en el régimen establecido por la Ley de Ética Pública provincial N° 8993, principalmente en sus arts. 2 y 3 al referirse y definir "función pública" y "funcionario público", en los que adopta indudablemente conceptos materiales³¹ (no formales), no siendo jurídicamente razonable considerar que existen diferentes conceptualizaciones de estos términos, justificando así limitaciones que impactan en desmedro de los derechos del agente público.

5.4. El texto de la ley. Interpretación literal. "In claris non est interpretatio": en concordancia con lo expresado, debo señalar que si bien el Sr. Quiroga, en tanto desempeñó su función como Asesor de Gabinete, estuvo alcanzado por la previsión del art. 29 de la Ley N° 5811 (no pudiendo percibir ningún otro emolumento más que la asignación de clase y compensación funcional de las mayores erogaciones que origina el efectivo desempeño de la función –salvo desarraigo– por lo que su salario solo podía incorporar los rubros establecidos en el mencionado artículo) una vez que el mismo fue

³⁰Punto IV, Considerando 15to. del Dictamen de la Procuradora Fiscal adherido por la CSJN.

³¹LEY N° 8993; B.O.: 16/08/17. "Artículo 1°- OBJETO. La presente ley de responsabilidad en el ejercicio de la función pública tiene por objeto regular las normas de conducta que deben regir en el ejercicio de la función pública para su responsable, honesto, justo, digno y transparente desempeño por parte de quienes detentan la obligación de desarrollarla, en cualquiera de las jerarquías, formas o lugares en donde la ejerzan. Art. 2° - FUNCIÓN PÚBLICA. Se entiende por función pública a los efectos de esta ley, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre de la Provincia de Mendoza o al servicio de ésta o de sus entidades u organismos, en cualquiera de sus poderes, Municipios, u órganos de control, en todos sus niveles y jerarquías, organismos centralizados, descentralizados, entes autárquicos, organismos de la seguridad social, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones donde el Estado Provincial tenga participación en el capital o su dirección. Art. 3° - FUNCIONARIO/A PÚBLICO. Es funcionario/a público toda persona que se desempeñe en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los/las magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as del Estado Provincial y Municipal."



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

incorporado por acto administrativo idóneo en la planta del Estado y sometido al régimen del Decreto N° 560/73 y mod., leyes N° 5126, 5811 y normas complementarias, su régimen salarial indudablemente comienza a regirse por dicho plexo normativo. Como consecuencia de ello, el art. 53 de la Ley N° 5126 ya reseñado, establece expresamente el derecho del agente a percibir el adicional denominando "antigüedad" (como parte de la "retribución"), tratado en el primer párrafo, y en las condiciones establecidas en el segundo párrafo de dicha norma.

Y en este sentido, es necesario resaltar que la parte final del art. 53 de la Ley N° 5126 no establece condicionamiento alguno en cuanto a la forma de vinculación del Estado con el agente solicitante para que el tiempo que efectivamente prestó servicios, pueda ser computado a los efectos del cálculo de la antigüedad que el mismo regula, ni mucho menos que la adicional que pueda percibir el personal que ingresa por mecanismos de selección predeterminados³².

En efecto, y como ha sido analizado en los puntos anteriores es medular determinar el alcance que debemos otorgarle al segundo párrafo del art. 53. Esta DAA con cita de dictámenes de la P.T.N. y fallos de la C.S.J.N. y de la S.C.J. Provincial (tal como lo afirma también el Dr. Gómez en sus voto en la causa "Segura"), ha entendido en diversos dictámenes recientes³³ que el primer método de interpretación es el literal en especial cuando no existe duda sobre los alcances de la ley.

Cabe recordar que el máximo Tribunal de la Nación ha

³²El único condicionamiento expreso que establece la norma es que los servicios a computar no sean "simultáneos" (ver dictamen de esta DAA N° 1320/10 de fecha 05/10/10 en Expte. N° DPP - Quiroga Mariela s, recon. Antigüedad").

³³Ver Expte. N° 3052-S-2011-05179 - "Solicita intervención de Fiscalía de Estado en la correcta aplicación de Ley N° 8268 Liquidación Fondo Estímulo" y su acumulado N° 3197-S-2011-01071, dictamen N.º 204/12 de fecha 13/03/12 y expte. N° 3039-H-2012-3983, "Consulta s/Acta Paritaria Ley N° 8386", Dictamen N° 123/12 de fecha 28/02/12.



FISCALÍA DE ESTADO

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

señalado que: *"...la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley (Fallos: 297:142; 299:93; 301:460; 320:1600). En esta tarea no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance (Fallos: 182:486; 296: 253; 306:1047)..."*; y que: *"...la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen...³⁴"*, por lo que del mismo texto legal surgiría la solución para el posible conflicto legal planteado.

En análogo sentido, se ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación, la que si bien admite la posibilidad de interpretar las normas en forma integrada y más allá de la literalidad en ciertos supuestos³⁵ (en especial cuando esta conducta evita arribar a soluciones desatinadas, o sea necesario precisar la voluntad del legislador en la búsqueda de soluciones justas y adecuadas³⁶), ha

³⁴"Moschini José María c/Fisco Nacional (ANA) s/cobro de pesos", del 28/07/94 (T 317, P. 779).

³⁵"Por otra parte en materia de exégesis jurídica, esta Procuración del Tesoro ha sostenido que la interpretación de las leyes no ha de efectuarse tan solo en base a las consideraciones de su letra, sino estableciendo la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso por medio de una sistemática, razonable y discreta hermenéutica, responda a su espíritu y observe y precise la voluntad del legislador en la búsqueda de soluciones justas y adecuadas (v. Dictámenes 169:139; 180:68, entre otros). También ha expresado que ante cada caso de interpretación del alcance de textos legales corresponde buscar el sentido de la norma que en mayor medida satisfaga las necesidades concretas a las cuales responde su dictado (v. Dictámenes 160:69). Asimismo, ha manifestado que la intención del legislador no debe ser obviada por las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Conf. Fallo 259:62, entre otros) Dictámenes 269:118...". (Dictámenes P.T.N., 276:146; 02/03/2011, Nº35).

³⁶ "Expresa la PTN en dictamen pertinente: 5. Resulta correcto lo expuesto por la recién citada Gerencia en su dictamen de fs. 14/27. 5.1. En efecto, corresponde atenerse a aquellas reglas de la hermenéutica jurídica que desaprueban el seguimiento estricto de la letra de la norma y de una exégesis incondicionalmente literal cuando ello conduce a una solución irrazonable y contraria a la voluntad de legislador. 5.2. En tal sentido, se ha dicho que la aplicación acrítica de las disposiciones jurídicas tal cual están escritas no puede tenerse como una regla dogmática o absoluta, toda vez que la realidad normativa presenta situaciones que amerita hacer excepción al sometimiento rígido al texto legal. Ello ocurre -a mi entender- cuando una inteligencia estrictamente literal de una norma determinada acarrearía un resultado que, por obviamente desatinado, revela que no fue previsto ni pudo haber sido querido por el legislador, toda vez que, en tales supuestos, de acatarse ciegamente (la letra de la ley) provocaría una consecuencia ajena al espíritu y finalidad de la disposición que se analiza. Es pues en tales casos, que es menester acudir a los principios exegéticos que proponen la indagación jurídica del sentido de la norma, por sobre la literalidad mecánica, a través de procedimientos tales como el discernimiento de la intención de su autor, la búsqueda de su espíritu y finalidad, su armonización con las demás disposiciones que rigen la misma materia, la investigación histórica o sociológica, la evaluación del resultado de la interpretación, etc. (López Olasiregui, Martín: Pautas doctrinarias sobre la hermenéutica jurídica, jurisprudencia argentina, T-1994-IV, págs. 756-759). 5.3. Al respecto la CSJN ha indicado que: a) no es método recomendable, en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

considerado que obsta a este mecanismo el hecho de que la misma sea categórica y precisa al consignar que: *"...resulta oportuno recordar la doctrina reiterada de este organismo asesor, que señala: No es viable subsanar por medio de hermenéutica jurídica el resultado de una disposición cuando su literalidad es categórica y precisa y revela en forma directa un significado unívoco. Tampoco lo es, cuando la expresión que contiene una norma no suscita interrogantes, añadirle a estas previsiones que no contempla ni sustraerle las que la integran, porque en tal supuesto sólo cabe su corrección por el camino de la modificación por otra norma de igual jerarquía. No resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que la ley no dice, o dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena. De allí que si la escritura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles, la única conducta aceptable es su acatamiento ad "pedem literae" (conf. Dict. 177:117; 253:156)..."*³⁷.

5.5. Inexistencia de condicionamientos en la parte final del art. 53 de la Ley Nº 5126: "Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus": a ello debe agregarse también que el intérprete no puede distinguir en supuestos en que la norma no lo hace, siendo

formalismo paralizante. Lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (Fallos 300:417, entre otros). b) Un precepto legal no debe ser aplicado "ad literam" sin una formulación circunstancial previa, conducente a su recta interpretación jurídica porque, de lo contrario, se corre el riesgo de arribar a una conclusión irrazonable (Fallos 301:67, entre otros). c) La intención de legislador no debe ser obviada por las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Fallos 259:62, entre otros). d) Es principio de hermenéutica jurídica que en los casos no expresamente contemplados debe preferirse la interpretación que favorece, y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma (Fallos 298:180). 5.4. Esta Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho, concordantemente que: a) la interpretación de las leyes no ha de efectuarse tan solo en base a la consideración indeliberada de su letra, sino estableciendo la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso, por medio de una sistemática, razonable y discreta hermenéutica, que responda a su espíritu y observe y precise la voluntad de legislador en la búsqueda de soluciones justas y adecuadas (Dictámenes, 169:139 y 180: 68, entre otros). b) Sin pretender suplantar el texto de la ley ni tampoco su espíritu, se trata de que el intérprete desarrolle el pensamiento de la ley, llevándolo incluso a proyecciones que los legisladores no consideraron o no se encontraban en condiciones de considerar. (Dictámenes 75:149, entre otros). c) Ante cada caso de interpretación del alcance de textos legales, corresponde buscar el sentido de la norma que en mayor medida satisfaga las necesidades concretas a las cuales responde su dictado. (Dictámenes 160:69, entre otros).

³⁷P.T.N, Dictámenes, T: 259, Pág. 254, 24/11/2006, en Expte. Nº 12.800/06 c/Expte. Nº45795/05 s/acum. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Industria.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

relevante destacar que en este caso concreto, la disposición en análisis no establece diferenciación alguna en cuanto a la antigüedad a reconocer con fundamento en la forma de vinculación que ligó al agente con la administración (esto es si era personal contratado, de gabinete, permanente o no permanente) ni en relación a los mecanismos de ingreso y, a mayor abundamiento, no requiere ni siquiera la vinculación de los conocimientos previamente adquiridos en su paso por la administración con la tarea a desarrollar actualmente en la misma (como si ocurre en la regulación del Adicional por Responsabilidad Profesional del art. 55 de la Ley N.º 5126, donde este recaudo es expreso) .

Deviene aplicable en consecuencia también el viejo adagio de hermenéutica: "ubi lex non distinguit nex nos distinguere debemus", habiendo sido éste último reconocido en dictámenes de esta DAA³⁸ al expresar: *"...Así, si se tiene en cuenta el principio jurídico según el cual "donde la Ley no distingue, no debemos distinguir", y se aplica dicha premisa al texto del art. 74º inciso d) del Código Fiscal ya citado. Es decir que no cabe efectuar interpretaciones que importen hacer decir a la Ley lo que la misma no dice. El principio jurídico "Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus", ("debe aplicarse la Ley en forma estricta, apegada a su letra o a su sentido, a su interpretación, pero no incluir hipótesis no contenidas en la norma"). Este tema en análisis ya fue tratado por esta Fiscalía de Estado en Dictamen N° 856/11 al cual remito y no reproduzco en mérito a la brevedad..."*³⁹.

Igualmente, la S.C.J. Provincial⁴⁰ ha reconocido su vigencia al expresar que: *"...b) Ante la claridad de los textos, el juzgador no*

38Ver Dictamen Nro 856/11 y 925/18. El texto completo del primero puede verificarse en <http://fiscalia.mendoza.gov.ar/precedentes> y del segundo en <http://fiscalia.mendoza.gov.ar/>.

39El texto completo puede verificarse en <http://fiscalia.mendoza.gov.ar/precedentes>.

40SCJ Provincial, Sala I(SCMendoza)(SalaI); 24/07/2001; "Club Y.P.F."; LLGran Cuyo2001, 802. **Cita Online:** AR/JUR/2722/2001.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

puede aplicar soluciones distintas a no ser que fulmine de inconstitucional la norma por considerarla en colisión con preceptos superiores, o que la aplicación signifique violar en forma notoria el orden natural de las cosas. Esta solución es acorde a la seguridad jurídica, que es sin duda un principio de derecho natural y que implica que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: A) la previsibilidad de las conductas propias y ajenas y sus efectos, y B) la protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico...”.

5.6. Aplicación del principio “Pro Homine”: finalmente, pero no por ello menos relevante, hay que recordar que ante la existencia de estas dos posturas jurisprudenciales diversas y que se trasladan al presente supuesto, es coherente introducir otro argumento en favor del sostenimiento de la postura amplia asumida, a la cual he anticipado mi adhesión, cual es la vigencia del principio “Pro Homine”. En efecto, esta DAA ha expresado en reiteradas oportunidades⁴¹ que: *“...En el Artículo 1º Ap. II inc. a) de la L.P.A Nº 9003 se encuentra receptado el “principio pro homine” que expresa: “...El intérprete debe preferir el resultado jurídico que proteja en mayor medida a la persona humana, su dignidad y el respeto de los demás derechos que le son debidos... Este principio es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos*

⁴¹Dictamen Nº 0334/19 del 16/04/19 EXPEDIENTE Nº 79129-M-2006-01029” MIGONI OSVALDO P/PENSIÓN ESPOSA FALLECIDA” y Dictamen Nº 112/19 del 02/05/19, Expte. Nº542-D-2015 - “XICCATO NORMA ELISA P/ PENSIÓN ESPOSO FALLECIDO”.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Tal pauta se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, estableciendo que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos...".

III.- En relación al término de prescripción previsto en el art. 38 bis del Decreto Ley Nº 560/73, verifico que el Sr. Quiroga fue designado en planta permanente mediante Decreto Nº 1144/15 de fecha 01/11/2015.

Asimismo en el reverso de la nota de fs. 1 advierto que el reclamo fue realizado en fecha 06/11/2017, es decir dos años y cinco días después. Por la naturaleza mensual del reclamo, no se encontraría prescripto el pago del adicional, dado que el mes de noviembre vencería el día 30/11. Por ello considero debería abonarse el adicional desde el inicio de su designación en planta permanente.

IV. Como ya fuera expresado en el encabezamiento del presente dictamen, las actuaciones administrativa de referencia han sido remitidas en razón de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley Nº 9122 y su decreto reglamentario.

En relación al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7 del Decreto Acuerdo Nº 2356/18, se advierte que: 1.- de acuerdo a lo informado por el Departamento de Remuneraciones existen economía suficiente para afrontar el pago; 2.- se encuentran emitidos los subvolantes de imputación preventiva y el definitivo; 3.- el acto administrativo que se emita deberá confeccionarse en un todo de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del art. 7 del decreto Nº 2356/18.

V. El Ministro de Hacienda y Finanzas resultaría competente para emitir la Resolución autorizando la incorporación del adicional al salario del Sr.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Quiroga y el pago del período desde el 11/2015, en virtud de lo dispuesto en los arts. 87 y 146 de la Ley N° 8.706; art. 146 del Decreto Acuerdo N° 1.000/15 y 72 de la Ley N° 9.122.

VI. En lo sucesivo **deberá remitirse proyecto de norma legal**, de conformidad a lo dispuesto en el art. 1 del Decreto N° 1428/18, el cual tiene sustento en lo dispuesto en el art. 1 de la Ley N° 728.

VII.- Se deja expresa constancia 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 Nación⁴², valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido⁴³.

VIII.- PREVIO a la continuación de las presentes actuaciones, y para el caso de que el Sr. Fiscal de Estado ADHIERA a la posición asumida por esta Dirección de Asuntos Administrativos en el presente dictamen **SE RECOMIENDA REMITIR A CONOCIMIENTO** a la Dirección de Asuntos Judiciales de este organismo, a los efectos de que lo tenga presente al

⁴²Ha 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).

⁴³En 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

momento de contestar acciones de objeto análogo en tanto la posición asumida en procesos precedentes es la RESTRICTIVA.

IX.- EN CONCLUSIÓN: esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, en virtud de los argumentos, doctrina y jurisprudencia citada en el cuerpo de este escrito, considera que correspondería proceder a reconocer el adicional antigüedad del reclamante correspondiente al período comprendido entre el 31/08/2012 y el 31/10/2015, durante los que se desempeñara como "Asesor de Gabinete", en un todo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 53 de la Ley Nº 5.126.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 29/08/19.

Dictamen Nº 1113/19. AA – PMR – LJF – MZ.

Compartiendo el suscripto el Dictamen que antecede, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, PASEN a conocimiento de la Directora General de Administración del Ministerio de Hacienda y Finanzas, para la continuidad del trámite según su estado.

FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 29/08/2019.