



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

**Ref. Expte. N°3313-H-2012-03883-0 (Nota
5530) "S/adicional H.T.C. Ley N°8363".**

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS**

S / D

Las presentes actuaciones vienen a dictamen de esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, como consecuencia de la consulta efectuada por el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza, en relación a si correspondería abonar el adicional previsto en el art. 2 del Acuerdo Paritario celebrado entre la provincia de Mendoza y A.T.E. el 13/06/2011, ratificado por Decreto N°1777/11 y Ley N°8386, al personal adscripto que cumple funciones en el mismo pero que no pertenece a la planta de personal del mencionado órgano extrapoder.

I.- Cabe destacar, que la Secretaría Relatora del HTC, ha expedido a fs. 13/17 un extenso y meduloso dictamen (con desarrollo de los aspectos complejos que están relacionados al caso concreto, en especial los relativos al empleo público, presupuesto y naturaleza de las acuerdos paritarios), al cual remito en mérito la brevedad, dejando constancia de que en el mismo se considera que no es procedente liquidar el adicional de marras al personal de otras reparticiones adscripto al H.T.C., anticipando que, sin perjuicio de

reconocer la solvencia de los argumentos esgrimidos y la alta estima jurídica que se reconoce al órgano institución emitente, el suscripto no comparte las conclusiones finales a las cuales se arriba en el mismo derivados de aquellos postulados.

II.- Así las cosas, considero oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

1. Los acuerdos paritarios tienen el carácter de regulaciones especiales dentro de determinados ámbitos, siendo llevados a cabo mediante el procedimiento iniciado por los sujetos involucrados, la posterior ratificación del Poder Ejecutivo (a través del correspondiente decreto) y el Poder Legislativo (mediante Ley). Ello materializa la emisión de lo que se denomina "legislación delegada" cuya existencia, alcances y efectos ha sido suficientemente tratados por el suscripto en el Dictamen N°1683/10 de fecha 10/12/10, en expte. N° Expte. N°: 12.301-G-10-00020- "S/ urgente informe consecuencia de rechazo de acta paritarias".

Creo oportuno sin embargo, reseñar algunos aspectos puestos de relevancia en el dictamen aludido precedentemente, a los efectos de precisar el alcance de la mencionada normativa, en referencia a la cual expresé: *"...los acuerdos paritarios han sido celebrados por el Poder Ejecutivo (y ratificados por el mismo) en ejercicio de facultades habilitadas por el Poder Legislativo en el marco de las disposiciones contenidas en los arts. 24 de la Ley N°6656 y 107 de la Ley N°7183, Decreto N°955/04 y arts. 61 y 62 de la Ley N°8154, destacando que ha resultado habitual en la provincia de Mendoza la existencia de habilitaciones legislativas en diversas materias salariales¹.*

A este respecto, considero oportuno señalar que si bien es cierto que en el derecho público local no existe norma que habilite al Poder Legislativo a "delegar" facultades en el Órgano Ejecutivo, al estilo del actual artículo 76 de la Constitución Nacional, sino que por el contrario,

¹ Vg. Aumentos de remuneraciones, reajustes de las escalas correspondientes, incorporación o supresión de bonificaciones o adicionales o asignaciones especiales y modificaciones de los importes que integran la retribución del personal de la Administración Pública Provincial -Leyes 5973 y 6109, art. 19-



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

el art. 12 de la Constitución Provincial parece prohibir expresamente la misma², no obstante el principio prohibitivo mencionado, se han admitido este tipo de reglamentos, tanto por la doctrina³ como por la jurisprudencia⁴.

En este sentido, es dable destacar que la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza ha fijado determinados lineamientos en la materia entendiendo que no son delegables:

1. la potestad de hacer la ley -lo que es conteste con la doctrina y jurisprudencia nacional analizadas-⁵; .
2. la delegación de facultades que puedan establecer obligaciones para los administrados⁶, aunque ello no condice en principio con algunos antecedentes nacionales jurisprudenciales⁷ (ver "Cocchia"); y
3. la delegación en materia tributaria y penal.

En cambio, ha considerado delegables:

² Artículo 12 de la Constitución Provincial: "el gobierno de la provincia será dividido en tres poderes distintos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de estos podrá arrogarse, bajo pena de nulidad, facultades que no le está deferidas por esta Constitución ni delegar las que le correspondan".

³ Ver SARMIENO GARCIA, Jorge en "Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza: Comentada y Concordada", Ed. Augustus, Mendoza, 1973, comentarios arts. 1 y 189 en donde haciendo expresa referencia al Artículo 189, opina que el Artículo 12 no es óbice para la procedencia de estos reglamentos, ya que lo que el sí prohíbe es lo que se denomina la delegación propia, es decir la "transferencia de un poder a otro poder".

⁴ Ver fallos de la Suprema Corte Provincial en "Autos 44209, "Murcia Antonio y ots. c/Gob. de la Provincia de Mendoza s/acción de inconstitucionalidad", LS 220-166, Sala II, 01/04/91; 44213, "López Echave Armando c/PE de la Prov. De Mendoza s/acción de inconstitucionalidad" LS 221-129, Sala I, 10/05/91; Autos Nº55993, caratulados "Círculo Médico de Mendoza y ot. c/PE Prov. de Mendoza s/inconstitucionalidad", LS 275-167, Sala II 09/02/97.

⁵ Entiende en este sentido que tenía este carácter el Artículo 106 de la Ley 7045 de presupuesto del año 2002, mediante la cual se facultó a la Comisión de Negociación Colectiva de la Administración en forma ilimitada, para establecer regímenes colectivos de trabajo, cuando esa facultad era eminentemente legislativa -ver Decreto Nº1354/02-. Idénticas observaciones se efectuaron a las Leyes 6871 de presupuesto del año 2001 -Artículo 72- de igual contenido al 106 reseñado, aunque debió promulgarse debido ala insistencia de la H. Legislatura según el 102 de la Constitución Provincial.

⁶ Ver dictamen de Asesoría de Gobierno Nº483/98 en el cual se expresa que: "ello sería difícilmente conciliable con los arts. 14, 19 y 28 de la C.N."

⁷ C.S.J.N., Fallos, 199:442. caso "Christensen", (1944) Admite esta posibilidad en relación a los Decretos Reglamentarios. Ver también caso "Cocchia" citado.

1. las Potestades reglamentarias para producir efectos únicamente dentro de la administración⁸;
2. materia propia de administración del estado, cuya atención resulta más eficiente en manos del Poder Ejecutivo⁹;
3. cuestiones de naturaleza técnica compleja o cambiante; y
4. materias determinadas de administración (según Artículo 76 C.N.), o emergencia pública¹⁰, situaciones que deben distinguirse de aquella en que el legislador ha regulado la emergencia en ejercicio del poder de policía de emergencia sin delegar tal regulación al poder ejecutivo¹¹.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia Provincial, ha emitido diferentes fallos dando expreso tratamiento a la "delegación legislativa"¹² admitiendo la validez de este instituto, en tanto se cumplieren determinadas condiciones¹³.... En efecto, un elemento destacable en el marco del tema en análisis (delegación legislativa) es que, en la provincia de Mendoza, siguiendo los fallos citados (Murcia, López Echave y Círculo Médico citados en la nota pertinente) todas las leyes relacionadas a la materia -delegación legislativa- (ej: art. 21 de la Ley N°5099, 19 de las leyes 5973 y 6109), como tantos

⁸ Ejemplo: Artículo 18 de la Ley 1003 que faculta al Tribunal de Cuentas a determinar las formalidades que deben revestir las rendiciones de cuentas de los poderes públicos de la provincia.

⁹ Ejemplo: Aumentos de remuneraciones, reajustes de escalas de personal, incorporación o supresión de bonificaciones, adicionales (arts. 19 de la Ley 5973 y 6109).

¹⁰ Ejemplo: Decretos N°1448/01 y 1765/01.

¹¹ Vg: Leyes 5416, 5440, 5508, 6652, 6757, 6975 y 7025.

¹² En "Círculo Médico", con antecedente en "Murcia" (éste último con sentencia dictada el 01/04/91), la Sala II admitió la validez constitucional del Artículo 21 de la Ley N°5099 (1987), de presupuesto, que facultaba al Poder Ejecutivo, ad referendum del Poder Legislativo, para disponer aumentos de remuneraciones y/o reajustes de las escalas correspondientes, modificación de importes que integran la retribución del personal de la administración, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias existentes en cada oportunidad. El texto es idéntico a los existentes en los arts. 19 de las Leyes Nros. 5973 y 6109) la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza convalidó la delegación legislativa efectuada por el art. 19 de la Ley N°5973, de presupuesto del año 1993, rechazando la acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto N° 1047 /93, siguiendo la doctrina judicial de la C.S.J.N. anterior a la reforma de 1994, que admitía la delegación legislativa.

¹³ El fallo se basó especialmente en los siguientes argumentos: El natural desplazamiento en los estados modernos de facultades legislativas hacia el PE, por ser un órgano unipersonal que da respuesta más rápida y eficaz a los problemas modernos. Exige las siguientes circunstancias: a) no debilitar el ejercicio de las funciones de control del delegante; b) la determinación de excepciones o exenciones, la tipificación de delitos, el poder impositivo o fiscal, el poder de limitar los derechos del art. 14 de la C.N., las cargas personales no pueden ser delegadas; c) el poder delegado al PE debe ser confiado con estándares y pautas expresadas en la ley de delegación, d) no es admisible la delegación para hacer la ley; e) no se puede subdelegar; f) el fundamento es pragmático, las transformaciones que obligan a dar respuesta inmediata a situaciones cambiantes, técnicas o científicas; g) en el presente supuesto además la norma (el decreto N° 1047/93) había sido ratificado por la Ley N°6258.



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

otros casos similares (arts. 19 de la Ley N°5645, 18 de la Ley N°6454, 24 de la Ley N°5973, etc.) efectúan la misma "ad referéndum" o "sujeto a la aprobación" o a la "ratificación" del la H. Legislatura¹⁴, es decir que en realidad, incorporan un elemento adicional a la doctrina sentada en los antecedentes jurisprudenciales analizados en la etapa previa a la modificación constitucional de 1994, pero propio de la norma incorporada en el art. 76 y 100 inc. 12 con la modificación aludida¹⁵, pero sin que ello resulte, en principio (y este aspecto es el que interesa en este caso concreto), condicionante de su vigencia¹⁶.

Al respecto, la doctrina ha expresado que "no puede supeditarse la vigencia de la norma delegada a su aprobación legislativa. De lo contrario no tendría sentido la delegación, sería más práctico que el Poder Ejecutivo ejerciera la iniciativa legislativa mediante la remisión de un proyecto de ley (art. 100 in fine de la Constitución de Mendoza). No resulta de aplicación a la delegación legislativa el principio considerado por el art. 37 de la Ley N°3909 de Procedimiento Administrativo. La aprobación Legislativa en el caso de los

¹⁴ Un caso especial de Decreto fue el N°1448/01 del 31/07/01 (BO 02/08/01) y su mod. conocido como de recorte salarial, que fuera remitido a la H. Legislatura para su conocimiento (art. 11). Nace como decreto delegado por lo dispuesto por los arts. 13 y 57 de la Ley 6871 (se autorizó al ejecutivo a adherir a regímenes nacionales de excepción financieros y en su caso a realizar modificaciones presupuestarias y canje de amortización de deuda pública que resulte conveniente a esos fines), art. 20 de la Ley 24.453 ((las provincias y la CABA podrán dictar medidas equivalentes a las previstas en el art. 34 de la Ley 24.156) y Decreto de adhesión N°1425/01 de la Provincia de Mendoza (ratificó el "compromiso por la independencia" del 15/07/01 en que las partes asumía la obligación de adoptar el presupuesto "déficit cero"). En opinión de la Asesoría de Gobierno, este Decreto compartía la característica de Decreto Delegado (por existir previa habilitación legal) y de DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA (al incluirse también en el mismo, circunstancias excepcionales, acuerdo de ministros y remisión a la H. Legislatura a "conocimiento" en similar tenor a lo dispuesto por el art. 130 de la C. Prov. y 99 inc. 32 de la C.N.).

¹⁵ Del análisis integrado de los arts. 76 y 100 inc. 12, se establece también un mecanismo de control por el Congreso, a través de la Comisión Bicameral creada por Ley N° 26.122 (Julio del 2006).

¹⁶ En opinión de la Asesoría de Gobierno las normas dictadas y remitidas a la Honorable Legislatura tienen eficacia y validez intertanto no sean derogadas por la H. Legislatura y su eventual rechazo producirá efectos solo para el futuro. No se puede supeditar la eficacia a su ratificación, ya que en ese supuesto no tendría sentido la delegación, sería más práctico seguir el trámite de iniciativa de las leyes por parte del PE (100 in fine de la C. Provincial).

reglamentos delegados no sería "constitutiva" como aprobación regulada por el referido artículo de la ley procedimental administrativa, sino simplemente declarativa de la validez de la norma dictada y ejecutada por la Administración. En el caso "Círculo Médico" la ratificación del Decreto N°1047/93 ocurrió un año después, mediante la sanción de la Ley N°6258 (BO 16/12/88), no habiéndose puesto en duda su vigencia a partir de su dictado. Lo mismo ocurrió en el caso "Murcia", la ley ratificatoria N°5369 (BO 16/12/88) fue sancionada el día 29/11/88 y ratificó el Decreto N°3708 de fecha 28/11/86 por el cual se modificó el Decreto N°3186/86 de fecha 28/10/86. Entonces, cuando en el fallo "Círculo Médico" repitiendo lo dicho en "Murcia", expresa que "El refrendo opera con efectos convalidantes de la medida adoptada y ha permitido el control requerido previamente", pensamos que es correcto, con la salvedad que también permite dicho control la sola posibilidad de su dictado, aunque no ocurra, ya que cuando se señala que el refrendo opera con "efectos convalidantes", consideramos que la palabra convalidar ha sido utilizada en su sentido vulgar y no estrictamente jurídico, ya que en aquel sentido puede afirmarse que si bien el acto tiene una validez precaria, sujeta a control parlamentario, su ratificación no significa que antes no haya sido válido...Finalmente, cabe destacar que tampoco la Constitución Nacional exige el refrendo del reglamento delegado mediante ley posterior. El constituyente se limita a prever el control legislativo a cargo de la Comisión Bicameral Permanente...¹⁷".

De lo expresado se puede inferir, liminarmente, que el Poder Legislativo, titular de la competencia de regular los aspectos referidos a la integración salarial de los empleados públicos, ha tenido plena participación en el caso concreto, habiéndose cerrado debidamente el ciclo de conformación y posterior control y ratificación de la "legislación delegada" emitida en este caso concreto para regular aspectos referidos a materia salarial de empleo público provincial, conforme doctrina y jurisprudencia prevalente en la provincia de Mendoza que la considera procedente.

¹⁷ MOSSO Giannini, César, en "Legislación Delegada y de Necesidad y Urgencia en la Provincia de Mendoza", obra colectiva, dir por Dr. Jorge Sarmiento García, "Estudios de Derecho Administrativo", T VIII, IEDA, Ed. Dike, Bs. As., 2003, pp. 300se/303.



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

En consecuencia, en relación a los temas tratados e este acápite, cabe concluir afirmando que las disposiciones de los acuerdos paritarios realizados en el marco del ejercicio de facultades delegadas por parte del Organo Ejecutivo (ratificado por Decreto N°1777 de fecha 18/07/2011, B.O. 22/09/2011), debidamente ratificadas por el Organo Legislativo (a través de la sanción de la Ley N°8263), no son susceptibles de cuestionamientos legales o constitucionales en cuanto a su procedimiento de emisión, independientemente de los alcances que pueda asignarse a su interpretación, encontrándose vigente a partir de su celebración y como tal, ostentando virtualidad suficiente para producir efectos jurídicos en el ámbito material y personal que la misma comprende, de forma integrada al resto el plexo normativo constitucional y legal provincial, habiendo tenido plena u oportuna intervención el órgano Legiscaltivo, en principio, titular originario de la competencia para establecer los aspectos relativos a la política salarial y de empleo público para la administración provincial (art. 99 inc. 9 de la C. Prov.).

2. Introduciéndome en el análisis del caso concreto, destaco que en esta línea de razonamiento, puedo asimismo afirmar, que este tipo de acuerdo importa la producción de normas de origen convencional pero que culminan su proceso con la sanción legislativa (posterior y especial), quedando incorporados al sistema jurídico con la naturaleza de ley formal y material del Poder Legislativo, regulando los mismos aspectos especiales sin derogar (pero en muchos supuestos, modificando) los regímenes rectores de empleo público de la administración centralizada, desconcentrada y/o descentralizada.

En el caso que motiva esta consulta, el acuerdo celebrado con fecha 13/06/2011, ha sido ratificado por Decreto N°1777/11 y este a su vez por Ley N°8386, estando plenamente vigente y restando solo determinar el sentido y alcance de la disposición contenida en el punto segundo del acuerdo, de la cual se deriva la consulta efectuada en tanto ha generado dudas interpretativas para su aplicación al personal adscripto, en tanto reviste en

entidad diversa pero "presta servicios" para el Honorable Tribunal de Cuentas. Así las cosas, cabe precisar que la norma citada, expresa y textualmente determina: *"...intertanto se acuerden las normas que regirán en el convenio colectivo de trabajo propio que se comprometen a trabajar en este acuerdo, se crea para el personal que presta efectivamente servicios en el HTC con excepción de su Presidente y Vocales que integran el H. Cuerpo, un adicional remunerativo, no bonificable, que se aplicará sobre el total de haberes que perciben los agentes..."* (negrita y cursiva me pertenecen).

3. Es decir que la previsión en cuestión reconoce el derecho de percibir el mencionado adicional a aquellos agentes que: 1. Revistan en la administración (condición genéricamente receptada bajo el término "personal" –abarcativo de los agentes de la administración bajo régimen de empleo público¹⁸-); y 2. que presten efectivamente servicios en el H.T.C. (condición fáctica generadora del derecho consignada en el acuerdo paritario). De la lectura se observa que el texto expreso del acuerdo homologado, no circunscribe el ámbito personal de aplicación a los agentes del H.T.C, sino que lo relaciona (y condiciona, en cuanto a la procedencia para su percepción) a la prestación efectiva de funciones en ese órgano de control, independientemente de su vinculación laboral, habiéndose previsto la "prevalencia" de la Ley N°8363 "sobre cualquier otra norma legal que disponga lo contrario..." (art. 4, primera parte de la Ley N°8363) y facultándose incluso al Poder Ejecutivo para *"...variar el destino de aquellos recursos afectados provinciales que se involucren, dándoles a los mismos el tratamiento de "Rentas Generales" y sólo para el cumplimiento de los dispuesto en el art. 1 de la presente norma" (segunda parte del art. 4 de la Ley N°8363)*. Es decir que, a tenor del texto expreso y literal de la norma transcripta parcialmente, surgiría, "prima facie" que ha sido intención de los interlocutores retribuir la "prestación" independientemente de la dependencia funcional del personal beneficiado

¹⁸ En el sistema administrativo provincial de empleo público, el término "personal" está reservado por el Estatuto del Empleado Público (Decreto Ley N°560/73) para aquellos que poseen relación de empleo público con la administración, en cualquiera de sus modalidades (vg: ver títulos del Capítulo referido a la CLASIFICACION DEL PERSONAL -arts. 3 a 8- en los cuales expresamente se consigna "Personal Permanente, Personal No permanente, Personal de Gabinete y Personal Temporario") lo que excluye a aquellos sujetos que presten servicios bajo otras modalidades (locaciones de servicios u obras, pasantías, etc.). Ello sin desconocer que existen diversas denominaciones para designar al "empleado público" (tales como agente administrativo, agente estatal, funcionario público, etc. –ver DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Cdad. Argentina, 2009, Bs. As., p. 564).



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

(toda vez que no se circunscribió al ámbito de aplicación personal al personal del H.T.C. que presta funciones en el mismo, como hubiera correspondido en caso de querer manifestar la voluntad en tal sentido).

4. Así las cosas, puede afirmarse que la situación de los adscriptos (conf. Ley N 1086 y mod.) respecto de los cuales se verifique en debida forma la incursión en las funciones previstas como condicionamiento fáctico para la percepción del adicional de marras, deberían percibir el mismo en los términos legales correspondientes. Como contrapartida lógica, el personal de ese órgano extrapoder que preste servicios adscripto a otras reparticiones, no tendrá derecho a percibir el mismo.

5. Resta ahora, analizar si la interpretación literal propuesta, puede considerarse violatoria de otras normas que rigen el funcionamiento y ordenamiento general de la administración pública provincial, en caso de realizar un análisis integrado de las mismas. Ello, a criterio del dictaminante, no obsta el razonamiento interpretativo vertido, toda vez que::

- a. No se desconoce la atribución establecida en cabeza del Poder Legislativo que deriva de la previsión constitucional del art. 99 inc. 9 de la C. Provincia (lo que ha sido afirmado, por la S.C.J.prov. que *"la política salarial es facultad en principio, legislativa..."*¹⁹), toda vez que en el marco del ejercicio de las facultades "delegadas", el mencionado órgano ha tomado plena, debida y temporánea participación convalidando el acuerdo paritario en los términos de su vigencia, por lo que no existiría objeción jurídica que formular la respecto, aun a la luz de las disposiciones constitucionales traídas la procedimiento y en el marco de una visión integrada del ordenamiento administrativo ;
- b. Me permito disentir respetuosamente con la lectura efectuada en relación a la posición de la C.S.J.N. en el caso "Ramos", ya que

¹⁹ Caso "Cañas P. y otros c/prov. de Mendoza s/APA", 25/08/2009, Autos :80.507..

las aseveraciones del máximo tribunal refieren a cuestiones diversas, como es pretender mutar la naturaleza de la relación contractual que unía al estado nacional con un administrado, entendiendo tal situación como violatoria de normativa de índole constitucional y legal que establece a ese efecto, condicionamientos de carácter insoslayable (-vg. concurso, existencia de presupuesto, vacantes, etc.-) y que no resultan, a mi criterio, transpolables al caso concreto. Obsérvese que el objeto de la presente causa dista de ser análogo, desde el punto de vista jurídico sustancial, en tanto la situación tiene específica y genérica regulación en el ordenamiento legal. En el primero de los supuestos, en base al expreso texto legal amplio y condición de procedencia utilizada en el acuerdo paritario especial (que condiciona el otorgamiento a la efectiva prestación de servicio y no a la dependencia del órgano). En el segundo de los aspectos, en tanto el personal ostenta un derecho subjetivo a la percepción de una retribución "justa" (art. 20 Del Decreto Ley Nº560/73 y mod.²⁰), existiendo incluso expresa previsión del ordenamiento jurídico general de que asiste al mismo el "derecho" apercibir adicionales y suplementos correspondientes a su situación de revista y condiciones "especiales" (art. 49 de la Ley N 5126²¹). Lo expresado sustenta la posibilidad de una interpretación literal, sin que los aspectos referenciados puedan, en consecuencia, considerarse como una invasión indebida de la esfera de competencias del Poder Legislativo (ya que la solución ha devenido, conforme ya se ha expresado, de la intervención previa -al delegar- y posterior -al ratificar por Ley Nº8363- del órgano titular de las facultades respectivas), encontrando

²⁰ ART. 20 del Decreto Ley Nº560/73 y mod.: "- el personal tiene derecho a la retribucion de sus servicios, conforme a su ubicacion en el respectivo escalafon o regimen que corresponda al caracter de su empleo. para gozar de este derecho es indispensable: a) que medie nombramiento o contratacion, con arreglo a las disposiciones del presente estatuto, y b) que el agente haya prestado servicios, o este comprendido en el regimen de licencia, franquicias y justificaciones en todos los casos en que las mismas sean pagas. a igual situacion de revista y de modalidades de la prestacion de servicios, el personal gozara de identicas remuneraciones cualquiera sea el organismo en que actue..."

²¹ ARTICULO 49 de la Ley Nº5126:- la retribucion de agente se compone de la asignacion de la clase, de los adicionales particulares y de los suplementos que correspondan a su situacion de revista y condiciones especiales..."



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

-
- sustento jurídico a través de la emisión de normativa general y especial citada.
- c. Si bien es cierto que el sistema de "Adscripciones" no puede encuadrarse en el marco de la previsión de los arts. 47 y 48 del Decreto Ley Nº560/73 y mod. considero que ello no es óbice para justificar la no asignación del adicional en cuestión. Por el contrario, si la posibilidad de "adscribir" es, a criterio del dictaminante, una manifestación legalmente receptada en la ley Nº1086, del "ius variandi" que adorna la relación contractual de empleo público, mal puede además derivar del ejercicio unilateral de la misma, una interpretación normativa que devenga en un tratamiento diferencial en perjuicio del agente inmerso en una situación concreta receptada legalmente y que necesariamente debe soportar. Dicho de otro modo, si la administración puede decidir unilateralmente la adscripción del personal por "razones de servicio", de esa normativa no puede derivarse la fundamentación interpretativa perjudicial para el agente.
- d. No obsta esta solución el hecho de que la regulación legal de la "adscripción" prevea expresamente que el agente seguirá percibiendo su salario a través de la repartición de origen, ya que ello no importa transferir esta obligación esencial en el marco de la relación contractual pública, sin perjuicio de que corresponda al órgano destinatario de los servicios, afrontar el pago del adicional en cuestión (en tanto el acuerdo paritario deviene de su ámbito de aplicación personal y es el destinatario de los servicios objeto del adicional de marras).
- e. No se desconoce el alcance sectorial de los Acuerdos Paritarios, pero la interpretación que se propugna, no altera el mencionado carácter, aun cuando trasciende la limitación formal (relativa a centrar el análisis en la dependencia laboral del órgano como

recaudo esencial para su procedencia), para introducirse en un análisis finalista del adicional (vinculando al mismo a la prestación de servicios al órgano extrapoder, lo que dota a las mismas de una especial naturaleza), toda vez que se verán beneficiados solo aquellos empleados públicos que cumplan con el requerimiento legalmente impuesto (y no aquellos que, aun cuando conforman la planta de personal del H.T.C., no prestan servicios en el mismo).

- f. En caso de realizar una interpretación contraria, considerando que el acuerdo solo alcanza a los agentes del H.T.C. que presten servicios mencionados en ese organismo, estaríamos excluyendo a los adscriptos que realizan igual tarea sin fundamento objetivo suficiente para tal proceder. En efecto, los principios constitucionales de "igual remuneración por igual tarea" (art. 14 bis de la C.N.)²² e "igualdad ante la ley" (art. 16 de la C.N.)²³ exigen el mayor cuidado al establecer diferenciaciones, las que en todo caso deberán estar fundadas en razones objetivas que no parecen materializarse en el presente supuesto.
- g. Finalmente, cabe agregar además, que en caso contrario, estaríamos realizando una interpretación ajena a la letra de la norma en análisis que no ofrece, a criterio del suscripto, mayores dificultades interpretativas (aun integrando los conceptos en el plexo normativo aludido), siendo destacable incluso que cuando

²² Explica María: Gelli que "El derecho a recibir igual retribución por igual tarea constituye una garantía material de igualdad entre trabajadores..." y que "La prohibición de establecer categorías salariales discriminatorias pesa claramente, sobre el Poder Legislativo y sobre el Poder Ejecutivo..." (GELLI, María A., en "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", Tercera Edición, La Ley, Bs. As., p. 2007, p. 156).

²³ Cabe aclarar que la C.S.J.N. ha entendido en este marco que no toda discriminación atenta contra la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la C.N., en tanto tenga bases razonables y objetivas, lo que en principio, no se observaría como suficiente en el presente supuesto con fundamento en los argumentos presupuestarios y competenciales esgrimidos en el dictamen aludido. Se ha dicho al respecto que: "...la garantía de igualdad comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria, ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas aunque su fundamento sea opinable (Fallos, 300:1084; ver también caso "Fion", "Textil Contesa SA c/del Banco Pérez Raquel M. y otras", Fallos, 300:100; 300:527, LL, T 1979-C, pp. 1974, T 1980-D, pp. 747, Fallos 301:1185, 302:192, entre muchos otros) y que "no es violatoria de la garantía de igualdad la formación de categorías a las que el legislador dispensa distinto tratamiento, aun cuando el fundamento de esa distinción sea opinable, con tal que la discriminación no trasunte manifiestos propósitos persecutorios contra determinadas personas o grupos de personas, negando a unas lo que se otorga a otras en iguales condiciones..." (Fallos, 302:705).



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

la norma quiso excluir a funcionarios determinados, lo hizo expresamente (vg. Presidente y Vocales del H.T.C.) siendo de aplicación el principio "Ubi lex not distinguit, non distinguere debemus"²⁴.

- h. En este sentido, esta Dirección de Asuntos Administrativos, con cita de dictámenes de la P.T.N. y fallos de la C.S.J.N. y de la S.C.J.Prov, ha entendido en diversos dictámenes recientes²⁵ que el primer método de interpretación es el literal en especial cuando no existe duda sobre los alcances de la misma. En efecto, cabe recordar que el máximo Tribunal de la Nación ha 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..."*²⁶ 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 supuestos²⁷ (en

²⁴ Tradicionalmente, entendido como la necesidad de aplicar 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. Criterio sostenido en Dictamen N°856/2011, del 12/07/2011, en expediente N°5617-F-2011-01134 y acum: "D.G.R., F.E.D.E.M. s/exención".

²⁵ Ver 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°204/12 e fecha 13/03/12 y expte. N3039-H-2012-3983, "Consulta s/Acta Paritaria Ley N°8386", Dictamen N°123/12 de fecha 28/02/12.

²⁶ "Moschini José María c/Fisco Nacional (ANA) s/cobro de pesos", del 28/07/94 (T 317, P. 779).

²⁷ "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

especial cuando esta conducta evita arribar a soluciones desatinadas, o sea necesario precisar la voluntad del legislador en la búsqueda de soluciones justas y adecuadas²⁸), ha 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*

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, N°35).

²⁸ "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 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



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

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)...²⁹.

- i. Finalmente, es necesario resaltar que también la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha admitido la interpretación teleológica³⁰, cuando la gramatical resulta insuficiente, al decir: *"Siendo claro el texto literal de la ley, la interpretación no puede apartarse del mismo. No puede invocar el espíritu de la disposición contra el texto, porque esto sería eludir la ley, violarla al hacer decir al legislador otra cosa que lo que ha dicho"³¹* y que *"...Siendo claro el texto literal de la ley, la interpretación mediante el recurso de casación, no puede apartarse del mismo. No puede invocarse el espíritu de la disposición en contra de su texto expreso, porque esto sería eludir la ley, al hacer decir al legislador otra cosa que lo que ha dicho".³²*

medida satisfaga las necesidades concretas a las cuales responde su dictado. (Dictámenes 160:69, entre otros).

²⁹ P.T.N, Dictámenes, T: 259, Pág. 254, 24/11/2006, en Expte. N°12.800/06 c/Expte. N°45795/05 s/acum. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Industria.

³⁰ Ha dicho el máximo Tribunal provincial que: "El método literal analiza la ley en su forma exterior, es decir busca el valor de las palabras. Estas últimas pueden ser: a) de uso común, y deben interpretarse según el sentido del idioma del país (aunque a veces el legislador les ha dado una significación especial); y b) de lenguaje técnico, y deben interpretarse con el contenido que tienen en el código o en la ley (a no ser que conste otra de modo indubitable). La interpretación finalista, en cambio, está integrada por distintos elementos, a saber: el teleológico strictu sensu, el sistemático, el histórico, el comparativo extranjero, el político - social y el elemento racional. Consecuentemente, y dado que la interpretación de la ley debe ser única, corresponde utilizar armónicamente ambos métodos". Expte.: 47431 - FISCAL - NADAL RAUL E.; SALAS JOSE A. AVERIGUACION DELITO - CASACION, Fecha: 16/04/1990 -Ubicación: LS214 - 244).

³¹ Expte.: 21149 - MACIAS ANTONIO LORENZO - PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Fecha: 15/11/1957 - Ubicación: LS066 - 119.

³² Expte.: 30215 - SIERRA CARLOS EN J: GONZALEZ ADELINA DEL C. - HOTEL COLONIAL DE SIERRA HNOS. COBRO ORDINARIO -Fecha: 19/02/1971Ubicación: LS118 - 442.

II. En conclusión, a tenor del texto expreso de la previsión del punto 2 del Acta Acuerdo Paritario de fecha 13/06/2011, ratificado en debida forma por el Poder Ejecutivo por Decreto N°1777/11 y por el Poder Legislativo por Ley N°8368, en el marco de las previsiones de los art. 99 inc. 9, 128 inc. 1 y 2 de la Const. Prov., 20 del Decreto N°560/73 y mod. y 49 de la Ley N 5126, doctrina judicial y administrativa citada en el cuerpo del presente dictamen en relación a la interpretación normativa, considero que los agentes de la administración ("personal", en términos convencionales) de otras reparticiones que preste servicios en el H.T.C., (único elemento previsto como condición de otorgamiento del adicional en análisis), estando debidamente adscripto en legal forma, por acto administrativo regular, tiene derecho a percibir del mencionado órgano el ítem "Tribunal de Cuentas", en los términos precisos que han sido legalmente previstos, sin que ello pueda considerarse como violatorio de las normas generales, constitucionales y/o legales (de fondo, convencionales y/o presupuestarias) que rigen en materia de empleo público en la provincia de Mendoza, sino como integrativas del mencionado plexo legal y debidamente incorporadas por los procedimientos constitucionalmente aceptados ("delegación legislativa") y con la debida y temporánea participación de los órganos titulares primigenios de las competencias necesarias al efecto (Legislativo, conforme art. 99 inc. 9 de la C. Prov.).

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Dict. N°601/12.

Mendoza, 05/06/12.



GOBIERNO DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO

Mendoza, 05/06/12.

Compartiendo el suscripto el Dictamen N°601/12 que antecede, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSEW a conocimiento y consideración del Sr. Presidente del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.