



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza



---

Expte Nº 77085-S-1999- 01028 "SILVA MO-  
RENO FIDEL RICARDO s/ RETIRO OBLIGATO-  
RIO

**Señor**  
**Coordinador Ejecutivo de la**  
**Oficina Técnica Previsional**

I- Vuelven estos obrados para que se emita dictamen con relación al recurso de revocatoria interpuesto por el interesado a fs. 213/213, al que el servicio jurídico de la O.T.P. aconseja denegarlo formalmente por haber sido interpuesto fuera del plazo legal, en razón de haber transcurrido más de diez (10) días desde la notificación de la Resolución nº 274 (fs. 204/206), acaecida el 07/07/2014 (ver fs.212).

II- Para una correcta solución del caso se impone realizar un breve resumen de las cuestiones debatidas en autos.

- A fs. 137 el actor solicita el reajuste del haber de su retiro acordado por Decreto nº 2315/2000 de fs. 69/70, ya que por Resolución nº 341/S/2000 que se adjunta a fs. 139/140 se dispuso que su baja es como consecuencia de una enfermedad o patología causada por acto de servicio

- A fs. 142 dictamina el servicio jurídico de la O.T.P. opinando que resulta procedente el pedido de reajuste, debiendo acordarse retiro obligatorio conforme las previsiones del art. 14 inciso b) del Decreto Ley nº 4176, con vigencia desde el 23/01/2009.

- A fs. 145 dictamina esta Dirección de Asuntos Administrativos coincidiendo que debe aplicarse el art. 14 inci-

so b) del Decreto nº 4176. Sin embargo, al ser la incapacidad del 70% entiende que existe un vacío en la norma que solo llega hasta el 59%, por lo cual solicita a la O.T.P. defina el procedimiento que corresponde seguir en los casos que la incapacidad contraída en o por acto de servicio que no permite continuar en el actividad es del 66% o supera ese porcentaje sin llegar al 100%.

- A fs. 159 rola el dictamen de la O.T.P. que sostiene que la diferencia entre el inciso a y b del art. 14 radica en que un caso la incapacidad debe ser impeditiva para ejercer todo tipo de trabajo, situación que no requiere el inciso b), que aconseja se aplique al caso de autos.

- A fs.154/155 se realiza un análisis de la redacción de ambos incisos, indicando que en los casos que allí se citan se emplearon criterios disímiles.

- A fs. 163 dictamina Asesoría de Gobierno concluyendo que cuando la incapacidad es superior al 60% corresponde encuadrar el caso en el inciso a) y otorgar el 100% del grado inmediato superior.

- A fs.164/170 el Sr. Director de Asuntos Administrativos de esta Fiscalía de Estado, luego de un profundo y exhaustivo análisis arriba a la conclusión -ver punto IV de fs.170- que a tenor de la incapacidad que ostenta el presentante (70%), corresponde considerarlo como inmerso en una incapacidad absoluta y permanente en el marco de la disposición del art. 14 inciso a) de la ley 4176.

En este punto cabe destacar que la ley nº 8703 publicada el 10/09/2014, al reformar el art. 14 inciso b) del Decreto ley 4176 dispone:



"b) *En caso de incapacidad parcial y permanente, se determinará si el afectado puede o no continuar en el servicio activo. Sólo en caso negativo tendrá derecho a un haber de retiro equivalente a la siguiente proporción del sueldo, adicionales y suplementos con aportes y contribuciones correspondientes a su grado a la fecha de determinación de la incapacidad, conforme a la graduación de ésta:*

<i>Incapacidad</i>	<i>Haber de Retiro</i>
<i>6% a 9%</i>	<i>30%</i>
<i>10% a 19%</i>	<i>50%</i>
<i>20% a 29%</i>	<i>60%</i>
<i>30% a 39%</i>	<i>70%</i>
<i>40% a 49%</i>	<i>80%</i>
<i>50% a 59%</i>	<i>90%</i>
<i>60% a 65%</i>	<i>100%"</i>

De ello se sigue que la incapacidad del 66% o mayor se reputa total y permanente, en armonía con lo dispuesto en el art. 19 de la ley nº 3794 y por tanto queda subsumida en el inciso a).

Consecuentemente, el caso de autos, donde el porcentaje de incapacidad es del 70%, no se enmarca en las previsiones del inciso b, debiendo ser encuadrado en el inciso a) del art. 14 del Decreto Ley 4176, tal como se indicara en el dictamen nº 769/2011 de fs.164/170.

- A fs. 172 la Gerencia de la O.T.P. considera conveniente solicitar la intervención de la Gerencia de Asuntos Interjurisdiccionales (GAI) de Anses, en virtud "*de las implicancias financieras que reviste la cuestión habida cuenta que de no contar con el visado de Anses la Provincia deberá asumir el mayor costo que se*



*genere", agregando "que a mayor abundamiento la O.T.P. viene sosteniendo que solo la dolencia que produzca una incapacidad total y permanente genera un haber de retiro del 100% del sueldo correspondiente al grado inmediato superior. De este modo la escala que prevé el inciso b) rige solo para las minusvalías parciales, esto es hasta el 59% de incapacidad se liquida un haber de retiro del 90% y si la dolencia es superior, sin llegar a ser absoluta, corresponde el 100% del grado a la época de su declaración. Una interpretación distinta vaciaría de contenido al inc. a) y el distingo entre incapacidad absoluta y parcial que prevé el art. 14 en análisis".*

- A fs. 181 obra la intervención de la GAI quien trae a colación el caso "DE LA ROSA, Benjamín Armando c/ Gobierno de la Provincia", donde el ente nacional se negó a prestar visado aduciendo que la cuestión había sido resuelta por la Corte Provincial en vez de la justicia federal, violando a su entender lo dispuesto la Clausula Vigésimo Primera del Convenio de Transferencia. Siguiendo tal derrotero y habida cuenta que en el caso en estudio la incapacidad la decidió la Primera Cámara Laboral en autos nº 31.537 "Silva Moreno Fidel Ricardo c/ Gbno p/ Enfermedad Accidente", sin intervención de la Anses manifiesta que, independientemente de la discrepancia detectada con relación a la aplicación del inciso a) o b) del art. 14 de la Ley Nº 4176, la Provincia deberá opinar sobre la incidencia pecuniaria que traerá aparejada la aplicación de la sentencia en el seno de la legislación local, en función del carácter obligatorio y ejecutivo que dispone la misma y su relación directa con la plena vigencia de la Cláusula Vigésimo Primero del acuerdo de transferencia, como asimismo las particularidades expuestas en la Cláusula Decimo Sexta.

- A fs.185/186 la Gerencia General de la O.T.P. concluye que la situación de autos dista del antecedente DE LA ROSA BENJAMIN, en razón que "el reajuste de autos resulta alcanzado por el Convenio de Transferencia y por ende comprendido en el siste-



*ma de pago del Organismo Nacional por cuanto la litis entablada por el Sr. Silva no guarda identidad con la tipificación de las acciones judiciales establecida en la Cláusula Vigésima Primera por no ser procedente la intervención de la ANSES en la demanda laboral ni competente el Fuero Federal en dicha litis. De este modo la Provincia no incurre en el incumplimiento que se denuncia a fs. 181.”*

Por último aconseja encuadrar el caso en el art. 14 inciso b) y liquidar el haber en el 100% del grado detentado a la baja. Ello en base a lo resuelto en la causa LUCERO SCALANTE RAMON OSORIO donde el Poder Ejecutivo mediante Decreto nº 2172/2010 resolvió de manera similar, con un porcentual de incapacidad del 80%.

- A fs.187/188 se elabora proyecto de Decreto en el que se propicia reajustar el haber con retroactividad al 23/02/2009, el que se encuadra en los términos del art. 14 inciso b) del Decreto ley 4176 en la proporción del 100% del grado de revista a la fecha de declaración de la incapacidad.

- A fs.196/197 vuelve a anteverir Anses, quien invocando la Cláusula Vigésimoprimera del Convenio y la circunstancia que la declaración donde se definió que la incapacidad del recurrente fue como consecuencia de una enfermedad o patología causada por acto de servicio (Ver Resolución nº 341-S del Ministerio de Seguridad que obra a fs139/140) deriva de un pronunciamiento judicial donde Anses no fue citada, visa negativamente el proyecto sometido a su consideración.

-A fs. 204/206 rola la Resolución nº 274 del 04/06/2014, donde con el solo fundamento del visado negativo aludido, se deniega el reajuste solicitado.



II- Llegado a este punto cabe destacar que la O.T.P. tiene competencia para resolver los casos de reajustes de beneficios ya acordados, conforme lo dispone el art. 5 del Decreto n° 1479 del 9/09/2013. Dicho Decreto, según sus considerandos, reviste la naturaleza de un Reglamento de Ejecución en los términos del artículo 128 inciso 2° de la Constitución Provincial.

Por tanto resulta que la Resolución n° 274 del 04/07/2014 inserta a fs. 204/206 ha sido dictada por órgano competente y el recurso de revocatoria articulado a fs. 213/21 el 21/08/2014 debe reputarse como es extemporáneo.

III- Sin perjuicio de ello debe destacarse que la mencionada Resolución n° 274 no da respuesta al reclamo de fs. 137 en su aspecto sustancial, es decir si corresponde o no reajustar el haber de retiro a mérito de la incapacidad del 70% declarada judicialmente y que diera origen a la Resolución n° 341/S/2000 que se adjunta a fs. 139/14 y para el supuesto afirmativo, si corresponde aplicar el inciso a) o b) del art. 14 del Decreto ley n° 4176.

El recurso articulado a fs. 213/216 le endilga "ilegitimidad" a la Resolución n° 274, señalando los diversos vicios que contendría, concluyendo que en ella se decide un problema de tipo económico o meramente presupuestario -si debe responder la Provincia a la Nación por el mayor costo-, al cual el reclamante es completamente ajeno.

Por lo expuesto el caso amerita que la administración califique al extemporáneo recurso de revocatoria como denuncia de ilegitimidad -toda vez que no están excedidas pautas temporales ni se encuentra comprometido el orden público- y la resuelva.



El referido instituto es el único remedio o camino para lograr el restablecimiento de la legalidad en el tratamiento del punto decidido en la resolución antedicha.

Fiorini en su obra "Procedimiento Administrativo y Recurso Jerárquico" (Abeledo y Perrot, 2da Edición; Bs.As. 1971, pág. 33 dice:

"...la convalidación de la pérdida de derechos importantes del particular ante la administración por simples cuestiones formalistas, no representan el recto ejercicio de un poder jurídico. Esto es actuar en forma injusta e irrazonable, pues no existe en esos casos gravamen ni alzamiento en contra de la autoridad por el particular reclamante. La presunta referencia a la preclusión procesal con que a veces se pretende justificarlo es tan absurda como inconcebible. El cumplimiento de las normas procesales es imperativo tanto para el poder administrador como para los administrados, pero cuando bajo la apariencia de la caducidad preclusiva de actos o secuelas procesales puede afectarse el interés público o decidirse una grave arbitrariedad, la dogmática exigencia de los plazos y cargas procesales debe ceder".

La denuncia de ilegitimidad nace en el Derecho Administrativo como un instituto propio del mismo y constituye una creación pretoriana de la Procuración General del Tesoro (Beli-salario J. Hernández, "Los recursos Administrativos", L.L. 147-1290), referida la mayor de las veces a los recursos jerárquicos. Por ello, es prácticamente imposible estudiarla sin recurrir a la fecunda y prolifera jurisprudencia sentada a través de los dictámenes de ese organismo.

La piedra angular del instituto no es otra que los principios de la legalidad objetiva y el de la verdad material por oposición a la verdad formal.



La Procuración General del Tesoro ha dicho:

"El Poder Ejecutivo como también los demás organismos administrativos, tienen la obligación de examinar la posible ilegitimidad del acto impugnado y resolver la revocatoria o anulación en caso de estimar que el mismo adolece de ese vicio; ello así, porque en el procedimiento administrativo imperan como principios cardinales el de la legalidad objetiva y el de la verdad material por oposición al de la verdad formal. En tal virtud y en presencia de un reclamo administrativo formalmente deducido ante él, el Poder Ejecutivo puede hacerlo funcionar como denuncia de ilegitimidad (si tal fuera el agravio del recurrente), facultad ésta que no discrecional de ese Poder sino una obligación suya". (Dictámenes: 97-112; 100-39; 111-55 y 114-93).

En igual sentido la doctrina ha sostenido que este instituto no constituye un recurso graciable que la Administración pueda o no resolver por razones subjetivas (Agustín Gordillo, "Procedimientos y Recursos Administrativos", Ed. Machi, Bs. As. 1971, pag. 521) sino que es un auténtico medio de impugnación de los actos administrativos que como tal debe ser resuelto.

Nuestra Suprema Corte de Justicia tiene establecido:

*"La denuncia por ilegitimidad es un modo de saneamiento jurídico que puede permitir salvar los recursos presentados fuera de término, reconociendo como límites a su tramitación: a) motivos de seguridad jurídica b) estar excedidas razonables pautas temporales que hagan presumir un abandono voluntario del derecho. Expediente: 46509 PETRA ALBERTO LUIS / GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Fecha: 1991-10-28. Ubicación: S224-174."*





FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza



*"La figura de la denuncia de ilegitimidad tiene como función, que el administrador puede dar muestras a los administrados de su intención de revisar actos que de alguna manera generan dudas sobre la conducta ética de los gobernantes. Expediente: 45367 "ALVAREZ OMAR R./ MUNICIPALIDAD DE SAN RAFAEL. Tribunal: Suprema Corte de Justicia.Fecha:1990-07-27.Ubicación: S216-167.*

Tanto la doctrina como los fallos citados han sido analizados por esta Dirección en oportunidades anteriores, entre la cuales merece destacarse el extenso y exhaustivo dictamen n° 1266/10 del 21/09/2010, recaído en Expediente N° 182-D-07-30017-N-08 "Benegas Carmen Elisa S/recurso de alzada contra Resolución N°399/07 DPV", donde se señala el origen, las causas y los límites de la denuncia de ilegitimidad en el orden provincial.

IV- El presente dictamen se emite en el marco de la delegación efectuada por Resolución n° 69/2015 del Sr. Fiscal de Estado

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

ABEL A. ALBARRACIN  
Director de Asuntos Administrativos  
FISCALIA DE ESTADO  
PROVINCIA DE MENDOZA

Fiscalía de Estado, 08 de Junio de 2015  
Dictamen N° 221 Lgu  
Mis documentos/Dictámenes Dr. Guevara