



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza



**Referencia Expte. REF. EXPTE. N° 8.930 -D -
2014-03.880 y acumulado Expte. N° 1.660-D-
2015-05179 "CAIRONE CANALE JORGE
LEOPOLDO S/ SOLIC. INTERV. DE F.E. REF. LEY
5.198 RES. 041-SHP 1.989 SECRETARIO
COMISION-BIBLIOTECA-CLASE
PRESUPUESTARIA 0012".**

SEÑOR FISCAL DE ESTADO

Dr. FERNANDO SIMÓN

S _____ / _____ D

Vienen a dictamen de esta Dirección de Asuntos Administrativos de la Fiscalía de Estado los presentes actuados en los cuáles se solicita dictamen legal.

La presente pieza administrativa se inicia con una solicitud del Sr. CAIRONE CANALE JORGE LEOPOLDO que en la actualidad posee un cargo de mayor jerarquía desde el año 1999, a que se le reconozca el adicional por antigüedad correspondiente al cargo de planta permanente clase 012 que tiene reservado en la H. Cámara de Diputados según surge de la Resolución N° 665-S.H.P-99 (acompañada a fs. 23), amparando su derecho en la excepción receptada en el art. 3 de la Ley N° 5198.

Ante esta situación y del estudio de la presente pieza administrativa surgen dos posturas encontradas entre los organismos intervinientes a saber: Asesoría Legal y Técnica de la Honorable Cámara de Senadores (fs. 7/8) y Tribunal de Cuentas de la Provincia (en Fallo 12.996 de

fecha 30/04/1997) por un lado, y por otra parte dictámenes de Asesoría Legal del ex Ministerio de Hacienda (fs. 14) y de la Asesoría de Gobierno (fs. 33 en dictamen N°148/2016, ratificando la postura sostenida en Dictamen precedente Nro. 795/2010), donde del análisis de las normas en juego llegan a dos soluciones contrapuestas.

Así las cosas, la primera postura es sostenida por la Asesora Legal de la H. Cámara de Senadores a fs. 7/8 del expte. N° 8.930/2014, en cuya opinión considera que el solicitante está amparado en la excepción dispuesta en el art. 3 de la Ley 5198, lo que no podría verse afectado por la norma contenida en el art. 29 de la Ley N° 5811, tratarse de "derechos adquiridos" (ver "Conclusión", segundo párrafo) y entendiendo que ello no puede verse obstado por las disposiciones de la Resolución N°544/92 (Marzo de 1992) del Honorable Senado (pero aplicable a todo el Poder Legislativo)¹.

El Honorable Tribunal de Cuentas, a su vez, entendió, que la Ley N° 5.198, se mantenía vigente aun frente al dictado de la Ley N° 5.811 (art. 26) en virtud del principio de "especialidad" de esa norma legal, encontrando aplicable a supuesto análogo la excepción allí prevista con el consecuente reconocimiento de la antigüedad (ver Fallo N°12.996 citado ut. supra)², postura que ha sido ratificada, en el marco precisado por el organismo, en dictamen obrante a fs. 62/63 ratificado por el Sr. Secretario Relator.

Por otra parte, la Asesoría de Gobierno de la Provincia (dict. N°148/2016), hace prevalecer la aplicación de la Ley 5811 (art. 29) amparándose en el principio general que manda a la ley posterior derogar la ley anterior (entendiendo que existe "derogación tácita" por existir evidente incompatibilidad entre ambas normas-) y reforzando la posición asumida en la normativa contenida en el vigente art. 1 del Decreto N°145/92 (pto. 2 y 3 del

¹ La misma en su art. 1 reza: La asignación mensual de los cargos denominados de "mayor jerarquía" pertenecientes tanto a planta permanente como temporario, correspondientes a la H.Cámara de Senadores, H. Legislatura y Bloques, percibirán una remuneración por todo concepto y sin adicional alguno, aplicando los porcentajes establecidos para cada uno de ellos en Planilla Anexa I que se adjunta y forma parte de la presente, sobre la remuneración mensual del legislador". Asimismo, el art. 2 consigna: "La remuneración dispuesta en el art. precedente se denominará asignación de clase constituyendo el setenta por ciento sueldo básico y el resto compensación funcional de las mayores erogaciones que origina el efectivo desempeño de la función, que revistará carácter de no remunerativo".

² En el punto IX del Fallo, en alusión al Pago de Antigüedad al Personal fuera de nivel reconoce la existencia de las dos interpretaciones: la que considera aplicable el art. 29 de la Ley N° 5811 del año 1991 que habría derogado tácitamente a la Ley 5198 y la postura (a la cual adhiere) que sostiene la "especificidad" de la Ley N° 5198 la cual debe prevalecer sobre la general, es decir, que si bien la Ley 5811 es posterior a la Ley 5198, y podría sostenerse que esta última no sería de aplicación en virtud del principio general que manda a la ley posterior derogar a la ley anterior; entiende el Organismo que no sería aplicable en estos casos por la evidente especificidad de la Ley 5198 donde en la excepción de su art. 3 se refiere exclusivamente a aquellos funcionarios que retengan cargos de carrera.



dictamen señalado), derivando por tanto, la consiguiente negativa a la percepción del ítem por antigüedad pretendido por el reclamante³.

En este estado, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera procedente efectuar las siguientes consideraciones:

1. En primer término es necesario señalar que existe en el presente supuesto, un evidente supuesto de colisión normativa, en tanto el objeto normativo de la Ley N° 5.198 -en especial arts. 1 y 2-, guarda identidad con las previsiones de los art. 26 y 29 de la Ley N° 5811 (y Decreto N°145/92), aunque con diversidad de soluciones frente a casos análogos;
2. Frente a esta situación, cabe destacar que si bien no se comparte el fundamento esgrimido por la Asesoría de Gobierno en relación a la vigencia del Decreto N°145/92 (en tanto el mismo no puede considerarse aplicable a tenor de la falta de adhesión expresa que surge del informe de fs. 37/38, la que era necesaria para tener vigencia en el ámbito de la H. Legislatura conforme art. 7 del mismo instrumento legal), la solución del caso no es, en definitiva, distinta a la esbozada por ese órgano asesor.
3. En efecto, creo relevante señalar para solucionar el caso en análisis es que el Decreto N°145/92 (modificado por el art. 5 del Decreto N° 566/08⁴) esgrimido por la Asesoría de Gobierno como

³ Argumenta Asesoría de Gobierno que este texto implicaría una derogación implícita o tácita de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley N° 5198, puesto que existe una incompatibilidad manifiesta entre lo prescripto por esta norma con el orden de las cosas establecido por la nueva Ley. Asimismo encuentran argumento válido a su postura en el texto del Decreto N° 145/92 que en su art. 1° refiere que: " Las autoridades Superiores del poder Ejecutivo, los funcionarios que se desempeñen en cargos de Mayor jerarquía, el Fiscal de Estado, Asesor de Gobierno y las autoridades superiores de los Organismos Descentralizados constituidos como tales de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 3909 y sus modificatorias, no podrán percibir adicional ni suplemento alguno que se integre en forma permanente a la remuneración fijada por la Ley N° 5811 y sus modificatorias, quedando comprendido en esta prohibición el adicional por antigüedad. Excluyese de la prohibición establecida en el párrafo anterior al adicional que correspondiere a compensación por cambio de residencia o traslado. En ningún caso el monto total a percibir podrá superar la retribución que por todo concepto perciba el Gobernador de la Provincia"(texto actualizado conforme a la modificación introducida por el art. 5 del Decreto N° 566/08).

⁴ Artículo 5° del Decreto N°566/08 (14/03/08, B.O.:25/04/08) expresa: "Modifíquese el artículo 1° del Decreto N° 145/92, el que quedará redactado de la siguiente manera: «Artículo 1°: Las Autoridades Superiores del Poder Ejecutivo, los funcionarios, que se desempeñen en Cargos de Mayor Jerarquía, el Fiscal de Estado y Asesor de Gobierno y las autoridades superiores de los organismos descentralizados constituidos como tales de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 3.909 y sus modificatorias, no podrán

elemento para justificar su posición, no tiene la virtualidad pretendida en tanto no es aplicable al caso concreto, toda vez que el ámbito de aplicación personal no abarca a los agentes de la H. Legislatura. Ello en virtud del texto del art. 1º (que no incluye al mismo) y del art. 7º (en el cual se invita a la Honorable Legislatura a adherir a las disposiciones del decreto en análisis), de lo que se interpreta sin dificultad, que el mismo no resulta aplicable a ese órgano en tanto no se produzca la adhesión señalada (la que según surge del informe de fs. 37/38, no se habría producido).

4. Ello no obsta el arribar a igual solución que la propuesta por el máximo órgano Asesor de la Provincia de Mendoza, en tanto considero que efectivamente se ha producido la derogación tácita pero incuestionable de la normativa contenida en de la Ley Nº5.198, ya que la Ley Nº5.811, resuelve la situación de marras en forma diversa a la legislación precedente, por lo tanto las normas en colisión resultan evidentemente incompatibles integralmente consideradas, no permitiendo la subsistencia de ambos regímenes jurídicos.

5. En efecto, La regulación integral de los aspectos referidos a la composición salarial del agente público a través de la Ley Nº5.811 (arts. 27 y 29 especialmente), resulta fundamental argumento para sostener la teoría de la "derogación institucional u orgánica", de la Ley Nº5.198 (teoría sistemáticamente estudiada y predicada entre nosotros por el Profesor Miguel S. Marienhoff como una variante de la derogación tácita de las normas), según la cual, cuando el legislador regula en forma orgánica e integral un instituto determinado del derecho, aunque sin hacer mención a las normas que de un modo singular o parcial regulaban ciertos aspectos del mismo instituto, se produce dicha derogación tácita de manera institucional. No es que las normas anteriores resulten absolutamente incompatibles con las nuevas

percibir adicional o suplemento alguno que se integre en forma permanente a la remuneración fijada por la Ley Nº 5.811 y sus modificatorias, quedando comprendido en esta prohibición el adicional por antigüedad. Exclúyase de la prohibición establecida en el párrafo anterior al adicional que correspondiere a compensación por cambio de residencia o traslado. En ningún caso el monto total a percibir podrá superar la retribución que por todo concepto perciba el Gobernador de la Provincia».



disposiciones, sino que el legislador le ha conferido a dicho instituto una regulación integral u orgánica que traduce la pérdida de vigencia del régimen anterior; "... El fundamento de la derogación 'orgánica' parte del supuesto de que si el legislador creyó del caso reglar en forma armónica todo un cuerpo de disposiciones, no sería lógico suponer que haya estado en su mente hacer subsistir disposiciones que figuraban en un cuerpo legal anterior y análogo ..."⁵.

6. En segundo término, la vigencia de la teoría reseñada precedentemente se ve además reforzada por dos elementos que creo relevantes:

6.1. la previsión del art. 72 de la Ley N°5.811⁶ que expresamente prevé la derogación de toda norma que se oponga a la misma (y cuya validez jurídica no puede minimizarse u obviarse -a pesar de no precisar la derogación expresa de la Ley N°5.198- en este contexto de colisión normativa y a la luz de la teoría descrita en el punto precedente)⁷, y

6.2. la emisión, por parte del cuerpo legislativo de la Resolución N°544/92 (emitida por la Presidencia del H. Senado y de aplicación al Honorable Cuerpo Legislativo), que con expresa referencia a la ley N°5.811 (y en forma análoga a lo materializado por el Poder

⁵ Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. I, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1977, p. 229 y sigs., con sustento en la opinión de los autores chilenos Aylwin y Silva Cimma.

⁶ Artículo 72 de la Ley N°5811: Derogase la Ley 4216 y cualquier otra disposición que se oponga a la presente, salvo lo establecido o a establecerse por las convenciones colectivas de trabajo (LEY 5811 MENDOZA, 31 de diciembre de 1991. (DECRETO REGLAMENTARIO 187/92 B.O. 30/01/92) (DECRETO REGLAMENTARIO 727/93 B.O. 11/06/93).

⁷ La Procuración del Tesoro de la Nación ha admitido la derogación tácita de las normas, en tanto medie contradicción e incompatibilidad entre normas sucesivas (v. Dicts. 109:237, 112/189 y 246:041, entre otros).

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, ha entendido que toda ley, para ser considerada como no vigente debe tener otra posterior que la derogue expresamente o una norma posterior que lógicamente tenga un sentido contrario al dispuesto por la norma. (Expediente: 68839 ZEBALLOS, ALFREDO / HONORABLE TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Fecha: 2001-09-17. Ubicación: S302-457. Igualmente ha entendido que "La derogación de las leyes no se presume, y una norma general posterior no puede derogar una especial anterior, salvo que así lo establezca indubitablemente. Asimismo, la derogación implícita o tácita exige la INCOMPATIBILIDAD manifiesta del antiguo texto con el orden de cosas establecido por la nueva ley" (Expediente: 44619 POTT GODOY JORGE LUIS EN J: POTT GODOY JORGE / BANCO DE MENDOZA. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Fecha: 1988-09-01. Ubicación: S205-041).

Ejecutivo con el Decreto N°145/92 y mod.), procede a reglamentar la misma en uso de sus facultades constitucionales (art. 99 inc. 22 de la C. Provincial) y legales (arts. 18 de la Ley N°5.813 y 11 de la Ley N°5.126 vigente al momento del dictado⁸), sin recepcionar excepción alguna como efectivizaba el art. 3 de la Ley N°5.198, siendo norma vigente respecto de la cual no se conocen planteos e inconstitucionalidad, no ostentando vicios evidentes que puedan justificar asimismo, la excepcional "inaplicación normativa"⁹.

II. - Por último, corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano de control 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 Nación¹⁰, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido¹¹.

⁸ Art. 18 de la Ley N°5813 (Presupuesto para la Administración Pública para el Año 1992, 31/12/1992, B.O. :29/01/1992): "La H. Legislatura y ambas cámaras se encuentran facultadas para disponer las reestructuraciones y modificaciones que consideren necesarias en los créditos de las diferentes partidas, dentro de los montos totales aprobados en sus respectivos presupuestos, debiendo comunicar al Poder Ejecutivo dichas modificaciones. Asimismo, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 15 de la presente ley, por resolución de la respectiva Cámara. Las retribuciones del personal de las Cámaras legislativas, incluidos secretarios y pro-secretarios de bloque y asesores se regirán por las resoluciones vigentes a la fecha de sanción de la presente ley y las que se dicten en el futuro". A su vez, el art. 11 de la Ley N°5126, reza expresamente: "Artículo 11.- facultase a la presidencia de la h. Legislatura, h. Senado y h. Cámara de diputados, para proceder al reescalamiento del personal legislativo, ad-referendum de dichos cuerpos".

⁹ Ver dictamen de esta Dirección de Asuntos Administrativos Nro. 812/11.

¹⁰ Ha 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).

¹¹ En 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



FISCALIA DE ESTADO
 Dirección de Asuntos Administrativos
 Provincia de Mendoza



III. - En conclusión, en virtud de los argumentos esgrimidos en los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos, considera que las previsiones de la Ley Nº5.198 han sido derogadas por las contenidas en la Ley Nº5.811, cuyo régimen salarial impuesto ha sido además reglamentado en uso de facultades legalmente conferidas (art. 18 de la Ley Nº5.813 y 11 de la Ley Nº5.126) por lo que considero que no es procedente reconocer el ítem reclamado por el presentante en estas actuaciones.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.-

**DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALIA DE ESTADO -
 Mendoza, 15 de Febrero de 2017.**

Dict. 129/17

[Handwritten signature]
 FISCALIA DE ESTADO
 DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
 PROVINCIA DE MENDOZA

Mendoza, 15/02/17.

Compartiendo el suscripto el dictamen Nº 129/17, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, REMITANSE los presentes actuados a la SECRETARIA ADMINISTRATIVA del Honorable Senado, a sus efectos.

[Handwritten signature]
 Dr. FERNANDO M. SIMON
 FISCAL DE ESTADO
 Provincia de Mendoza

FISCALIA DE ESTADO
 DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
 SALIÓ - Fecha 22-02-17
 Hora: 11:08 Folios: 31
 Tramitó: JULIO SANCHEZ VESPA
 DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
 FISCALIA DE ESTADO

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).

