

INCOMPATIBILIDADES: DECRETO N° 894/01. ALCANCES. LEY MARCO DE REGULACION DE EMPLEO PUBLICO NACIONAL N° 25.164. DECRETO N° 1421/02. Cese RELACION DE EMPLEO. CONSECUENCIAS.

Se ratifica Dictamen ONEP N° 3954/05.

No resultan incompatibles el retroactivo que reconoce la ANSES desde la presentación de la solicitud y hasta la fecha de aprobación del alta del beneficio previsional con la retribución del cargo o función; procediendo, a partir de la fecha de alta, la baja del agente de planta permanente por extinción del contrato de trabajo (cfr. art. 26, inc. b) del Convenio Colectivo de Trabajo N° 305/98 “E”), además de generarse a partir de allí la incompatibilidad entre ambos conceptos, según lo previsto por el Decreto N° 894/01 (cfr. Dict. N° 3422/04).

BUENOS AIRES, 24 de abril de 2008

SEÑOR SECRETARIO:

Mediante nota N° 73/08 el Director Ejecutivo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) solicita la emisión de un nuevo dictamen de esta Oficina Nacional de Empleo Público frente al criterio sostenido por la Corte Suprema Justicia de Justicia de la Nación en el fallo dictado con fecha 14/2/06 en los autos “... c/Estado Nacional — Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo”.

Recuerda el funcionario consultante que mediante Dictamen ONEP N° 472/07 se ratificó el criterio sostenido en Dictámenes Nros. 488/02, 3422/04 y 3954/05 en el sentido que: *“La norma en cuestión [Decreto N° 894/01] no contempla el caso en que, como el presente, el agente no goza de un beneficio previsional y en tal carácter presta servicios sin tener la obligación de formular opción alguna, pero luego, en virtud de haber iniciado los trámites jubilatorios y atento la duración de los mismos, resulta que al concederse el beneficio se solapa el reconocimiento retroactivo de la ANSES respecto de períodos efectivamente trabajados. Si bien es cierto que la percepción de ambos conceptos se encuentra inhibida por la norma, no lo es menos que el procedimiento que ésta ha establecido para hacer efectiva la opción entre ellos no prevé su aplicación en el presente caso, en el que la percepción del haber previsional está sujeto al reconocimiento de la ANSES. Habida cuenta que el agente ya prestó los servicios cuyo pago reclama, el procedimiento de instarlo a realizar ahora la opción, además de no estar prevista de ese modo en la norma, lo privaría de la posibilidad de escoger desvincularse de la entidad en caso de preferir la percepción del beneficio previsional”*

Continúa diciendo el Director Ejecutivo de la ANSES que con motivo del referido dictamen la Gerencia Normalización de Prestaciones y Servicios del organismo emitió dos normas de procedimientos, una para los casos de agentes adheridos al Sistema de Reparto, y la restante para el Sistema de Capitalización. Destaca que el criterio que recogen dichas normativas fue compartido por la Gerencia de Asuntos Jurídicos.

Indica no obstante, que del estudio comparativo de dichas normas con el criterio que —a su entender— emerge del fallo de la Corte Suprema, surgirían aspectos que merecen una nueva opinión de esta ONEP. A saber:

“1º) Si cabe ampliar la nómina de casos exceptuados incluyendo el que establece la Ley 20.416 (artículo 109, inciso c) y que según la Corte resulta procedente como excepción al régimen de incompatibilidades del Decreto N° 894/01 para los que perciben un retiro del Servicio Penitenciario, en tanto exista una decisión expresa que lo admita.

2º) Si bien la percepción retroactiva de los haberes jubilatorios desde la solicitud de beneficio en forma simultánea con las remuneraciones por el cargo desempeñado en la Administración Pública Nacional hasta el cese, no fue tratada expresamente por la Corte en el fallo objeto de este comentario, resultaría incompatible con el espíritu de dicho fallo y con el

régimen de renuncia condicionada que establecen los Decretos N° 8820/62 y N° 9202/62 para los docentes y los funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional. Cabe destacar que los Decretos N° 8820/62 y N° 9202/62 resultan aplicables para las situaciones planteadas con el objeto de evitar el pago simultáneo ya que coordinan el cese en la percepción de las remuneraciones del cargo desempeñado por el docente o por el agente o funcionario de los organismos respectivos de la Administración Pública Nacional (hoy Sector Público Nacional) y el alta del primer mes de pago de haberes del beneficio jubilatorio (fs. 38 39)”

Señala por último, que los referidos decretos son aplicables supletoriamente en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones por cuanto conformaban el plexo normativo vigente al 15/7/94 (vigencia del Libro I de la Ley N° 24.241 según Decreto N° 56/94) no existiendo otra norma de carácter previsional dictada con posterioridad a dicha fecha que se oponga a sus disposiciones.

A fs. 2/7 se encuentra agregada copia del fallo “...”, a fs. 8/30 copia del instructivo elabora que regula el procedimiento para el cumplimiento del Decreto N° 894/01 y a fs. 38/39 copia de los Decretos Nros. 8820/62 y 9202/62.

Con esos antecedentes toma intervención esta Oficina Nacional de Empleo Público.

En primer lugar es oportuno señalar que en el referido fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 14/2/06; autos “... c/Estado Nacional — Poder Ejecutivo Nacional s/amparo”; se revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en cuanto había confirmado el pronunciamiento del Juzgado Federal de Primera Instancia de Mercedes, que había hecho lugar al amparo y declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° del Decreto N° 894/01 y ordenado al Estado Nacional que se abstuviera de exigir al amparista el cumplimiento de la opción prevista en dicha norma.

No resulta ocioso recordar aquí que el Decreto N° 894/01 modificó el régimen sobre acumulación de cargos, funciones y/o pasividades de la Administración Pública Nacional, estableciendo, en lo que aquí interesa remarcar, 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 proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. El personal alcanzado por la incompatibilidad debía optar entre:

a) la percepción del haber previsional o de retiro y continuar en el desempeño de la función, cargo o relación contractual, sin percibir la contraprestación correspondiente.

b) solicitar la suspensión de su haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo con el cargo, función o contrato, percibiendo la retribución correspondiente al mismo o el monto del contrato. Estableció también que “*La referida incompatibilidad se aplicará con independencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios*”.

En ese contexto, corresponde abordar ahora la primera de las cuestiones consultadas por la ANSES, esto es si, a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe ampliarse la nómina de casos exceptuados del Decreto N° 894/01, incluyendo al personal alcanzado por el inciso c) del artículo 109 de la Ley 20.416. Ya se encuentran excluidas las prestaciones de pensión por fallecimiento o prestaciones de idéntica naturaleza (Resolución ex SME N° 11/01), la pensión de guerra para ex combatientes de Malvinas (Resolución N° ex SME 13/01), los beneficios previsionales encuadrados en las Leyes Nros. 20.475 (discapacitados) y 20.888 (ciegos) (Resolución ex SME N° 27/01), los haberes que se perciban por el desempeño de horas de clase o de cátedra (Decreto N° 1033/01).

El artículo 109 de la Ley N° 20.416 establece que “*Los agentes [del Servicio Penitenciario Federal]*

“ en situación de retiro, sin perjuicio de su haber de retiro, podrán:

a) Ejercer actividades comerciales o privadas por cuenta propia o de terceros, siempre que fueren compatibles con el decoro debido a su condición profesional y jerárquica;

b) Participar en actividades políticas; y

*c) **Desempeñar cargos rentados en la Administración Nacional, Provincial o Municipal.***

En el ejercicio de estas actividades no podrá hacer uso de su grado ni vestir uniforme.” El destacado nos pertenece.

En autos “...” el Procurador General de la Nación, en dictamen que en lo pertinente hace suyo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entiende que el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto N° 894/01, actuó dentro de las atribuciones que le son propias al introducir modificaciones solamente al régimen de incompatibilidades, sin contradecir el estatuto de empleo público dictado por el Congreso.

Sostiene también que la previsión contenida en el artículo 109 inc. c) de la Ley N° 20.416 *“...se trataría de un permiso con un hipótesis de máxima, reconocido a quienes se encuentren en situación de retiro, pero no de un mandato legal para quien lo incorpore.”*

A juicio de esta Oficina Nacional de Empleo Público, disintiendo al respecto con la opinión sostenida por la ANSES, no se desprende del fallo que se comenta que la Corte Suprema entienda que el personal retirado del Servicio Penitenciario Federal que se desempeñe en la Administración —sea ésta Nacional, Provincial o Municipal— deba ser excluido de las disposiciones del Decreto N° 894/01. El párrafo transcrito precedentemente resulta suficientemente ilustrativo al respecto.

Dicha interpretación resulta congruente, por lo demás, con la que venía sosteniendo la Procuración del Tesoro de la Nación —desde antes de que se expidiera la Corte Suprema— en Dictámenes 239:229, al analizar las previsiones de la Ley N° 19.101 (referida a las Fuerzas Armadas), que en disposición de similar tenor a la del artículo 109 inc. c) de la Ley N° 20.416, establece que el personal en situación de retiro puede desempeñar funciones públicas o privadas ajenas a las actividades militares (artículo 9° inc.) 4°). Concluyó allí la PTN que *“... el personal militar retirado de las Fuerzas Armadas en tanto se desempeñe en la Administración Pública Nacional, se encuentra abarcado por las normas del citado régimen [se refiere Régimen sobre acumulación de cargos funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional aprobado por Decreto N° 8566/61, sus modificatorios y complementarios, entre ellos el Decreto N° 894/01]”*. Se acompaña copia del dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación a los fines de mejor proveer.

Cabe ahora analizar, la segunda cuestión traída a la consulta, esto es si la percepción del **retroactivo** de los haberes jubilatorios en forma simultánea con las remuneraciones por el cargo desempeñado en la Administración Pública Nacional, resultaría incompatible con el espíritu del fallo de la Corte Suprema y con el régimen de renuncia condicionada que establecen los Decretos N° 8820/62 y N° 9202/62 para los docentes y los funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional.

Debe dejarse aclarado en primera instancia que en el fallo “...” la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tratado, ni siquiera tangencialmente, la situación atinente a la superposición del retroactivo de los haberes jubilatorios con los sueldos estatales. Así lo entiende también la ANSES.

En tal virtud, a juicio de esta Oficina Nacional de Empleo Público, no resultaría adecuado que se entendiera que el criterio que sostiene la Corte Suprema es el de la incompatibilidad de la percepción del retroactivo jubilatorio conjuntamente con el haber por el cargo estatal. Es más, de

lo sostenido por el Procurador General de la Nación —compartido por la CSJN— parecería desprenderse la postura contraria a la manifestada por la ANSES.

Dice el Procurador General en el párrafo decimotercero del acápite III de su dictamen: ***“Entiendo que la razonabilidad del decreto en cuestión se sustenta en que no impone una de las alternativas y deja librada a la voluntad del agente elegir por lo que más le convenga a sus intereses que podrían no ser meramente patrimoniales. La falta de obligatoriedad por la opción a), en el sentido de continuar trabajando sin el pago de la remuneración, no puede generar derecho a reparación alguna, en la medida que tal hipótesis sería producto de una decisión deliberada del agente y no una medida coactiva de la administración. Y sólo en este caso resultaría aplicable la indemnización prevista en la ley de empleo público art. 21 de la 25.164)”*** El destacado nos pertenece.

Como puede advertir del párrafo transcrito, uno de los fundamentos esgrimidos en el fallo para sostener la constitucionalidad del Decreto N° 894/01, ha sido que dicha norma permite que el agente pueda optar libremente entre alguna de las dos alternativas previstas en la norma, esto es: la percepción del haber previsional y continuar en el desempeño del cargo estatal sin percibir sueldos; o bien suspender el haber previsional y continuar percibiendo la retribución estatal.

Como señalara esta Oficina Nacional de Empleo Público en el Dictamen N° 472/07, y sus precedentes *“Habida cuenta que el agente ya prestó los servicios cuyo pago reclama, el procedimiento de instarlo a realizar la opción, además de no estar prevista de ese modo en la norma, lo privaría de la posibilidad de escoger desvincularse de la entidad en caso de preferir la percepción del beneficio previsional”*, o sea que en ese hipótesis la voluntad del agente podría verse condicionada, lo que sí podría ser cuestionado en sede judicial.

Con respecto al Decreto N° 8820/62, el mismo dispone que mientras dure la tramitación de su jubilación, los docentes podrán continuar desempeñando sus tareas con percepción de los haberes correspondientes, cesando en sus funciones el último día del mes en el que la entonces Caja Nacional de Previsión comunicara que ha sido acordado el beneficio (art. 1°). La situación de revista que se tiene en cuenta a los efectos del cómputo de la jubilación solicitada, es aquella en que se encuentra el docente en el momento de presentar su renuncia, cualquiera sea la que tenga cuando se acuerde su jubilación (art. 4°). La Caja da curso al expediente jubilatorio sin el certificado de cese de servicios y notifica al docente y al organismo empleador la resolución por la cual se otorga la jubilación y la fecha en que comenzará a percibir el beneficio (art. 5°). Recibida dicha comunicación, el organismo empleador extenderá el certificado de cese con fecha del último día del mes anterior al que la Caja fijó como de inicio del pago (art. 6°). Por el Decreto N° 9202/62 se extendieron los beneficios del Decreto N° 8820/62, a todos los agentes de la Administración Pública Nacional.

Al respecto es del caso señalar que la situación prevista por los Decretos Nros. 8820/62 y 9202/62 (sobre cuya vigencia actual se ha expedido la ANSES en el anteúltimo párrafo de fs. 41) deviene abstracta por cuanto en estos casos no existe retroactivo del haber jubilatorio que se superponga con el sueldo.

Para el resto de los casos —estos es quiénes no enmarcaron su renuncia en el régimen de los Decretos Nros. 8820/62 y 9202/62— y por tanto al liquidárseles el retroactivo del haber jubilatorio, éste se “solapa” con el sueldo estatal, se reitera que el Decreto N° 894/01 no ha previsto para estos supuestos el ejercicio de opción alguna.

SECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA

EXPTE. 024-99811166630-500 ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES)

DICTAMEN DE LA OFICINA NACIONAL DE EMPLEO PÚBLICO N° 468/08