

Dictamen para el pleito judicial



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

**Expte n° 77.085-S-1999-01029 SILVA
MORENO FIDEL RICARDO s/ RETIRO
OBLIGATORIO**

Sr.

Fiscal de Estado

Dr. Joaquín de Rosas

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las presentes actuaciones en las cuales se requiere dictamen legal en el marco de la aplicación de las previsiones de los incisos a) y b) de la Ley N°4176 y la eventual aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley N°3794 (conforme expresa previsión del art. 22 del instrumento legal citado).

Así las cosas, se considera oportuno destacar que los aspectos vinculados a este tema han tenido distinto tratamiento por diversos organismos de asesoramiento del estado, conforme surge de estas actuaciones, siendo relevante destacar que:

1. a fs. 106/107 la Asesoría de Gobierno en Dictamen N° 1002/97 expresamente reconoce que la incapacidad superior al 59% debe ser considerado total, aunque atento a la casuística concreta amplia, entendiendo que aun frente a la aplicación supletoria de las previsiones de la Ley N°3794, tal solución no admitiría variantes (toda vez que la incapacidad comprobada en el expte. N° 2276-D-97 "Díaz Guzmán Héctor Orlando E/ Recurso de Alzada" referido es del 70%), para finalmente incurrir en un error al entender que le corresponde, con este tipo y grado de incapacidad el "100% del haber de retiro" (lo que no encuentra sustento en ninguna de las normativas reseñadas, esto es art. 33 de la Ley N°3794 mod. por art. 1 de la Ley N°3931 vigente al momento de la baja del reclamante -que preveía el 82% -art. 1 de la Ley N°2687- entendido como cargo o función, si lo ha desempeñado 12 meses a la baja o 24 meses consecutivos en cualquier época de su carrera o los tres últimos años si no cumple con los puntos antecedentes- ni art. 14 inc. a) de la Ley N°4176 -que prevé el 100% del haber de la clase inmediata superior-).

2. En el Considerando 4to. parte final, del Decreto N°183/98 (fs. 111/112 del expte. N°45.913-D-93 "Díaz Guzmán Héctor Orlando s/ Retiro Obligatorio"), se reproduce el error en cuestión, toda vez que si bien se le reconoce la existencia de la incapacidad absoluta, se le asigna un haber equivalente al "100% del haber de retiro".

3. Al emitir la correspondiente Resolución la ex Unidad de Control Previsional a fs. 118/119, Nro. 652/98, se rectifica tal inconsistencia, reconociéndose al peticionante el "100% del grado inmediato superior al que tenía a la fecha de declaración de la incapacidad..." (art. 1) con fundamento en el Dictamen emitido por el órgano de asesoramiento de esa entidad, a fs. 113 (Dictamen de fecha 17/09/98 en el cual se rectifica este aspecto).

4. En Dictamen de fs. 41 del expte. N°76.712-P-97 "Pereyra Páez Carlos D. s/Retiro Obligatorio" la Asesoría Jurídica de la Unidad de Control Previsional en fecha 23/04/99, emite dictamen entendiendo que la incapacidad superior al 59% previsto en el art. 14 inc. b) de la Ley N°4176 debe entenderse como "total y permanente", ratificado por Fiscalía de Estado N°475/99 (fs. 42 del expte. N°76.712/P/97, "Pereyra Páez Carlos", del 06/05/99).

5. A fs. 44 del mismo expediente el Auditor Jurídico del ANSES, ratifica la postura asumida por la Asesoría Letrada de la UCP antes citada y el Dictamen de Fiscalía de Estado (rectificando la postura asumida en el informe de fs. 116, de fecha 17/09/98 en expte. N°45.913/D/98, "Díaz Guzmán Héctor p/retiro obligatorio", en donde en un caso análogo hace aplicación supletoria del art. 19 de la Ley N°3794 aunque considera aplicable la forma de cálculo del art. 14 inc. a) de la



7. Finalmente, dictamina la Asesoría de Gobierno a fs. 163, mediante dictamen 300/11 del expte. N°77.085-S-1999 "Silva Moreno Fidel Ricardo s/ retiro Obligatorio", en el cuál considera que la existencia de la incapacidad total genera imposibilidad de reinserción en el mercado laboral por lo que corresponde considerar cumplido el mencionado recaudo en el presente caso con cita jurisprudencial del caso Silva Moreno Fidel Ricardo c/ Gbno. p/ Enfermedad Accidente de la 1ra Cámara Laboral remitiendo al texto del mismo en mérito a la brevedad.

En este estado, es opinión del suscripto que para avanzar sobre la resolución de las cuestiones planteadas en el caso de marras, pero desarrollando además aspectos generales que presentan y han presentado diversas y contradictorias visiones respecto del tema en cuestión, se deberá determinar cual es la normativa aplicable al caso concreto y también a los análogos que se susciten, ostentando especial relevancia cuando las incapacidades detectadas se ubican entre los porcentajes del 60% y del 65%.

I. - En primer término destaco que ha existido evidentemente, un problema interpretativo que deviene de considerar procedente aplicar, para la solución de estos temas, la previsión del art. 19 de la Ley N°3794¹ y en el marco de la previsión del art. 22 del mismo instrumento legal.

En efecto, el art. 19 de la Ley General de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia N°3794 prevé expresamente que la jubilación por invalidez total y permanente se obtiene con un porcentaje del 66%.

Ahora bien, el art. 14 de la Ley N°4176 no establece expresamente cual es el porcentaje requerido para considerar a un agente inmerso en una incapacidad absoluta y permanente, sino que se limita a establecer las

¹ Tendrá derecho a la jubilación por invalidez, cualesquiera fueren su edad y antigüedad en el servicio, los afiliados que se incapaciten física o intelectualmente en forma total para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales, siempre que la incapacidad se hubiera producido durante la relación de trabajo, salvo el supuesto previsto en el inc.a) del art. 30° de esta Ley.

La invalidez que produzca en la capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66%) o más se considerará total.

La posibilidad de sustituir la actividad habitual del afiliado por otra compatible con sus aptitudes profesionales, será razonablemente apreciada por la Caja teniendo en cuenta la edad, su especialización en la actividad ejercitada, la jerarquía profesional alcanzada y las conclusiones de la junta médica respecto del grado y naturaleza de la invalidez.

condiciones para considerar incapacidad permanente absoluta y parcial a través de dos incisos que determinan el derecho a percibir el haber de la siguiente forma: "Art. 14 -El personal que quedare incapacitado para continuar en actividad por accidente sufrido o enfermedad contraída en o por acto de servicio, cualquiera sea su antigüedad en la policía, tendrá derecho al siguiente haber:

a) por incapacidad absoluta y permanente que no permita ejercer ninguna clase de trabajo, el cien por ciento (100) % del sueldo correspondiente al grado inmediato superior al que tenía a la fecha de la declaración de la incapacidad.

b) en caso de incapacidad parcial y permanente, se determinará si el afectado puede o no continuar en el servicio. Solo en caso negativo tendrá derecho a un haber de retiro equivalente a la siguiente proporción del sueldo y suplementos generales correspondientes a su grado a la fecha de la declaración de incapacidad:

<i>incapacidad</i>	<i>haber de retiro</i>
6% a 9%	30%
10% a 19%	50%
20% a 29%	60%
30% a 39%	70%
40% a 49%	80%
50% a 59%	90%

De ello se desprende sin demasiado esfuerzo interpretativo que, si bien la norma no lo determina expresamente, es procedente entender que la incapacidad permanente superior al 59% (cincuenta y nueve por ciento) debe ser considerada como incapacidad "permanente" y "absoluta" en los términos de la norma en análisis (toda vez que en la estipulación de los grados de incapacidad permanente y parcial solo se prevé hasta ese porcentaje como máximo).



1. La previsión del art. 14 de la Ley N°4176 determina en forma implícita pero incontrastable, el porcentaje de incapacidad necesario para considerar al personal como incapacitado en forma total y permanente, esto es el 60% toda vez que el 59% está estatuido como límite máximo de la incapacidad permanente y parcial (art. 14 inc. b) deviniendo inevitable considerar que la incapacidad superior al mencionado porcentaje debe ser entendida como absoluta y permanente (y por lo tanto encuadrable a todos sus efectos en el art. 14 inc. b) de la Ley en análisis);

2. La mencionada línea de razonamiento se sustenta además, en atención al hecho de que no procede jurídicamente realizar la pretendida "aplicación supletoria" del art. 19 de la Ley N°3794 (prevista en el art. 22 del mismo instrumento legal y admitida para supuestos análogos por la Asesoría de Gobierno en el Dictamen N°1002/97 de fecha 19/12/97 antes aludido y por la auditoría del ANSES en el Informe de fs 116 de fecha 17/09/1998, emitido en el expte N°45.913-D-1989 "Díaz Guzmán Héctor s/ retiro Obligatorio.), toda vez que en la norma específica aplicable existe previsión que resuelve la situación traída a análisis (esto es, la norma contenida en el art. 14 inc. a) y b) integralmente interpretada y coordinada).

Cabe recordar al respecto que es doctrina de la CSJN 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..."*, para luego agregar que incluso *"... resulta válido recurrir a ese fin a la norma reglamentaria, en la medida en que respete el espíritu de la ley (Fallos: 292:162)²..."*.

Asimismo, en el Dictamen del Procurador Fiscal de la CSJN que la misma hace suyo en la causa "Gomer S.A. c/AFIP DGI Resol. 15 y 28/96 se lee: *"... por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco*

resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática (Fallos: 291:181; 293:528)³...”.

3. De ello se desprende, sin mayor esfuerzo interpretativo, la prevalencia de la normativa (aun implícita) incorporada en la Ley N°4176 sobre la de la 3794⁴, toda vez que aquella resulta ser ESPECIAL (regula específicamente el régimen Jubilatorio y de Pensiones para el personal Policial) y posterior en el tiempo (sancionada con fecha 02/06/1977, B.O. 03/06/1977, frente a aquella que data de fecha 25/02/1972 sin perjuicio de las modificaciones que se le han introducido con posterioridad);

4. Por último, en relación a los aspectos tratados en éste acápite, y con el objeto de respaldar el acierto de la postura asumida precedentemente, es conveniente resaltar que en caso de mantener la posición contraria (es decir, admitir la aplicación supletoria del art. 19 de la Ley N°3794 a los efectos de encontrar el porcentaje a partir del cual se considera a la incapacidad permanente como absoluta o incluso, conforme se verá seguidamente, entender aplicable el art. 8 de la Ley N°24.557 por remisión del art. 49 de la Ley N°5811) produciría un verdadero vacío legal para los agentes policiales que eventualmente ostenten entre un 60% y un 65% % de incapacidad laborativa permanente, toda vez que según la Ley 4176 el máximo de la incapacidad permanente y parcial es del 59% y la incapacidad permanente y total (por aplicación del art. 19 de la Ley N°3794 u 8 de la Ley 24.557) solo se obtendría en caso de ostentar el interesado una incapacidad del 66%.

En virtud de lo expresado, esta Dirección de Asuntos Administrativos entiende que el art. 14 de la Ley N°4176, establece un sistema completo y autosuficiente para determinar las clases de incapacidad (permanente absoluta y parcial) estableciendo tácita pero incuestionablemente que la incapacidad permanente y parcial se verifica hasta un 59% (inc b) y la total de igual índole, a



fácticos de imposible resolución a tenor de la remisión supletoria pretendida y de los distintos regímenes y porcentajes establecidos en las normas en cuestión.

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, el suscripto no desconoce la existencia de fallos jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal provincial en el cual ha resuelto, en el marco de las normas contenidas en las leyes N°4747 y 5811 (art. 49), que la incapacidad absoluta es la determinada por la Ley N°24.557, esto es la del 66% (art. 8), lo que refuerza y despeja toda duda respecto de la solución en el caso concreto planteado (e independientemente de las aseveraciones efectuadas en los puntos antecedentes), en el cual debe considerarse como incapacitado "absoluto y permanente" al presentante, que ostenta una incapacidad del 70% (según se tratará en el acápite siguiente) y sin necesidad de verificación del recaudo al que se dará tratamiento a continuación y que genera la consulta de la Oficina Técnica Previsional.

En relación al planteo general efectuado en este punto, considero que el fallo aludido, no es argumento para controvertir el lineamiento esbozado, toda vez que la aplicación supletoria que el máximo tribunal consideró procedente en el mismo, deviene de que la base normativa que se discutía en el caso concreto era diversa a la que se verifica en la presente actuación administrativa. En efecto, la ley N°4747 no poseía en su articulado ninguna referencia (expresa o razonablemente implícita) que pudiera tomarse de referencia para determinar el porcentaje a partir del cual se considera la incapacidad policial como "permanente y absoluta", lo que si surge de la Ley N°4671 (la que a pesar de resultar incluso de aplicación supletoria según su art. 512, no fue citada en el precedente judicial aludido, lo que resulta lógico toda vez que aplicó "supletoriamente" la norma posterior contenida en el art. 49 de la Ley N°5811).

II. Aclarado el punto precedente, cabe dar tratamiento a lo sometido a análisis por el servicio jurídico de la Oficina Técnica Previsional fs. 153 del expte N°77.085-S-1999 "Silva Moreno Fidel Ricardo s/Retiro Obligatorio" cual es la verificación del recaudo legal establecido en el art. 14 inc. a) en relación a que la

4176/77, que sólo contempla hasta el 59%, debe entenderse que toda incapacidad superior al 59 % debe considerarse total".

incapacidad absoluta y permanente, debe además verificarse con el recaudo de no permitir "...el ejercicio de ninguna clase de trabajo...".

En este supuesto, atento a la inexistencia de ningún tipo de previsión en la norma especial (Ley N°4176) procede analizar la cuestión planteada a la luz de la norma contenida en el art. 19 última parte de la Ley N°3794⁵ (que resulta de aplicación supletoria conforme el art. 22 de la Ley N°4176) pero sin desatender el criterio sustentado por la Asesoría de Gobierno a fs 163, Nro. 300/11, de fecha 24/05/2011, con cita de los fundamentos dados por la Excma. Primera Cámara Laboral de la Provincia, nro. 31.537 "Silva Moreno Fidel c/Gob. p/ Enfermedad Accidente", al cual remito y doy por reproducidos en mérito a la brevedad, sin menoscabar con ello las facultades que la Oficina Técnica Previsional posee al respecto, pero considerando que su ejercicio debería someterse a los parámetros establecidos en la Ley y complementados por la jurisprudencia y doctrina existente en la materia y que resulta de aplicación al caso concreto.

Con ello se compatibiliza el criterio sustentado con el esbozado por la más autorizada doctrina en torno a este tema, que ha entendido que existe incapacidad absoluta cuando "*hay un impedimento físico o psíquico actual que se proyecta sobre las posibilidades futuras, al obstaculizar su reingreso al mercado de trabajo en condiciones mínimas de competitividad. Es decir que debe valorarse no sólo en orden a las tareas que el trabajador desempeñaba normalmente y para las que fue contratado, sino también con relación a otras distintas que hubiera podido cumplir (teniendo en cuenta su edad, formación, capacitación, etc.) razonablemente de no mediar la limitación producida por la enfermedad o el accidente inculpables*", reconociendo que la "*jurisprudencia mayoritaria se ha manifestado por considerar que "las incapacidades iguales o superiores al 66% de la total operan como "absolutas..."*"⁶); y que si bien en el sistema general se considera que la incapacidad definitiva o absoluta es la que



profesionales”, entendiendo que “el trabajador estará incapacitado en forma absoluta cuando no tenga perspectivas serias de ganar su sustento mediante una actividad remunerada dependiente o autónoma, aun cuando conserva parte de sus funciones” y que “es toda disminución física o psíquica que afecta al trabajador impidiéndole reintegrarse al mercado laboral en condiciones de competitividad: no se requiere una minusvalía que no le permita hacer nada, sino a que no le permite al trabajador realizar una labor en las condiciones de intensidad y continuidad que todo trabajo requiere...”⁷.

Finalmente, en relación al tema en análisis, resta traer al procedimiento el fallo antes citado, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, en autos N°68.707, caratulados “Peralta Pizarro, Orlando Avelino c/Gobierno de la Provincia s/A.P.A.” (11/04/2006, Sala I), derivado de la aplicación del art. 487 de la Ley N°4747⁸, en el cual se entendió que un policía retirado que poseía una incapacidad superior al 66% debía ser considerado incapacitado “total y permanente para la actividad policial y civil”. Textualmente se afirmó en el voto del Magistrado preopinante que: “... A diferencia de la Ley 5811, que rige para el resto de la Administración Pública, la Ley 4747, específica del personal de la Policía de Mendoza, no determina con precisión qué debe entenderse por “total y permanentemente incapacitado para la actividad policial y civil”. (art. 487). La Ley 5811, que rige para el personal de la Administración Pública en general, remite a la normativa laboral Nacional y ésta precisa que “la Incapacidad Laboral Permanente (ILP) será total, cuando la disminución de la capacidad laborativa permanente fuere igual o superior al 66 %, y parcial, cuando fuere inferior a este porcentaje”. Si bien hemos afirmado que corresponde una interpretación restrictiva de los alcances del beneficio extraordinario cuya aplicación estamos dilucidando, la misma debe estar ajustada al texto expreso de la ley, a los

⁷ Conf. Grisolia, Julio Armando, en “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Lexis Nexis, 2007, T - I, pp. 857, citando a Guibourg, Ricardo).

⁸ Art. 487 de la ley n°4747.-“el subsidio por fallecimiento se liquidara también por una sola vez y sin perjuicio de otros que puedan corresponder, al personal en actividad, retirado o convocado que resultara total y permanentemente incapacitado para la actividad policial y civil como consecuencia de actos propios del servicio”.- La mencionada norma fue suspendida en su vigencia por el art. 10 de la Ley N°6652 y derogada por el art. 324 de la Ley N°6722.

principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva y en los principios generales del derecho (art. 149 Const. Prov.). Consideramos que la determinación de la incapacidad total y permanente para la actividad policial y civil debe ser precisada de acuerdo a la misma pauta establecida por la ley 5811. Esto es así por las siguientes razones: A) porque la ley 5811 es posterior y trata sobre la misma materia como es la de la incapacidad total y permanente; B) porque nada justifica que nuestra normativa se apartara del concepto establecido por la norma Nacional para los mismos efectos; C) porque de la naturaleza de la actividad misma surge que de ningún modo podría la legislación establecer un tratamiento más riguroso y estricto con el personal de la policía que con aquellos que pertenecen a la administración en general, a la cual también, con su régimen específico, pertenece el personal policial; D) una interpretación que excluyera, o hiciera más riguroso, al personal de la policía del beneficio otorgado por la Ley estaría en contra de nuestra realidad general en la que los tiempos de inseguridad por los que atravesamos nos han llevado a poner especial atención en la formación y aliento a los sectores vinculados a la seguridad quienes asumen cotidianamente mayores riesgos personales que el resto de la Administración. En conclusión, la incapacidad total y permanente a que se refiere la Ley 4747 en su art. 487 es la que define la Legislación Laboral Nacional (Ley 24.557, art. 8) determinándola en un porcentaje no menor al 66% de incapacidad. En autos, como sucedió también en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ante este mismo Tribunal (Sala Segunda) en los autos 66.451, ha quedado acreditada una incapacidad del 69,4 % que excede el límite legal mínimo que autoriza a considerar la incapacidad como total y permanente...¹⁹.

III. Por último, cabe destacar que en relación a la prescripción alegada en el Dictamen de fs. 142 último párrafo, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que deberá computarse un período de DOS AÑOS (2) anteriores a la



criterio que ha sido sostenido en Dictámenes antecedentes por esta Fiscalía de Estado (vg: Dict. N°166/11 de fecha 27/05/11 en expte. N°189-C-01029-“Chaile Día V. H. s/retiro voluntario”).

En cuanto al hecho generador de la interrupción, no cabe duda que es la reclamación administrativa efectuada en la fecha consignada, y obligatoria según la normativa provincial aplicable (Ley N°3909)¹⁰ conforme la jurisprudencia sentada en el caso “Quiroz Néstor Flavio c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/A.P.A.” (Autos N°80.707, 11/08/06, Sala I) en la cual se otorga estos efectos a los reclamos administrativos, con fundamento en la previsión del art. 159 de la Ley N°3909 (aun cuando la misma se refiere a recursos y no a reclamaciones) habiéndose expresado al respecto que: *“...A los fines del cómputo del plazo de prescripción corresponde respecto del reclamo administrativo el mismo tratamiento que el que la norma expresa de los art. 159 y 186 de la LPA (Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza n° 3909) previstos expresamente para los recursos administrativos. Dicen los artículos mencionados que “los plazos se interrumpen por la interposición de recursos administrativos, incluso cuando hayan sido mal calificados técnicamente por el interesado o adolezcan de otros defectos formales de importancia secundaria o hayan sido presentados ante órgano incompetente por error justificable” (159) y que “la interposición de los recursos administrativos tiene por efecto: a) interrumpir el plazo de que se trate, aunque haya sido deducido con defectos formales o ante órgano incompetente” (186). Corresponde la equiparación de los efectos porque no se vislumbra argumento alguno que permita fundadamente atribuir al recurso administrativo un efecto más eficaz que al reclamo administrativo necesario cuando se trata de la protección de los derechos de los administrados frente a la misma Administración. Lo contrario implicaría establecer un tratamiento más*

Romano.

¹⁰ Lo expresado sin desconocer la diferencia en el tratamiento del personal policial en actividad –sometido a la legislación provincial y al fuero judicial provincial para litigar- respecto del policía retirado –sujeto a la jurisdicción administrativa provincial –con Dictamen previo del ANSES (cláusula 4ta. Párr. segundo in fine-)– pero al fuero Judicial Federal (art. 21 del Convenio de Transferencia del Sistema de Previsión Social de la Provincia de Mendoza al Estado Nacional aprobado por Decreto de Necesidad y Urgencia 109/96 y 362/96 del PEN), destacando que si bien aquel dictamen no es en principio vinculante, en el texto del mencionado instrumento convencional, adquiere esa naturaleza en virtud de la Resolución D.E.A. N°540/07, que establece que el pronunciamiento negativo de la Gerencia de Asuntos Inter jurisdiccionales (G.A.I.), impone la emisión de un resolutivo denegatorio por parte de la O.T.P., consignando el motivo indicado por el organismo nacional.

ventajoso para la Administración cuando lesiona derechos e intereses por vías de hecho o por omisión que cuando lo hace a través de su accionar positivo. Se presentaría la paradoja de transformar en más ventajosa la actitud más criticable de la Administración, que es cuando ésta provoca causales de reclamo por el empleo de las vías de hecho, cuando incumple con su obligación de pronunciarse –y hay que provocar su manifestación expresa o tácita- o cuando incumple –lisa y llanamente- con sus obligaciones, que aquella en que actúa como corresponde, resolviendo concretamente, y abriendo así la vía de los recursos administrativos. Un principio elemental de justicia impide atribuir efectos distintos al reclamo administrativo necesario que al recurso de igual carácter ya que el empleo de uno u otro no depende de la voluntad y elección del administrado sino de las exigencias que para cada caso contempla la legislación misma. Es más, es la misma Administración la que, con su accionar, determina –a la luz de la legislación aplicable- los remedios procedimentales a utilizar en cada caso concreto...¹¹, reiterándose categóricamente que “...en tal sentido la reiterada jurisprudencia del tribunal en sus dos Salas, ha dejado sentado que el reclamo administrativo interrumpe el plazo de prescripción mientras dura todo el trámite previo necesario para dejar habilitada la vía jurisdiccional (L.S., 359-30; 354-31, 31-368; 153-370-01; 371-157; 372-47; 371-151; 373-93)...^{12 13} .

¹¹ Suprema Corte de Justicia Provincial, “Quiroz, Néstor Flavio c/Gobierno de la provincia de Mendoza s/APA”, Sala I, 11/08/2006, Autos 80.707, punto D), párr. 4 y siguientes.

¹² Suprema Corte de Justicia Provincial, “Medina Muñoz Javier c/Provincia de Mendoza s/APA”, Sala II, 28/05/2007, Autos 83.453, punto V, penúltimo párrafo. Es necesario destacar que existe diferencia de criterios entre los Ministros de la SCJProv. Respecto de los alcances interruptivos. Así, los Dres. Romano y Kemelmajer de Carlucci entienden que en principio, mientras tramita el procedimiento administrativo se interrumpe permanentemente el plazo de la prescripción y el Dr. Alejandro Pérez Hualde, que considera que a los efectos de analizar este tema se debe: 1. Determinar en el caso concreto si la reclamación administrativa de la pretensión es necesaria o no como presupuesto previo para la iniciación de la acción judicial (art. 144 inc. 5 Const. Mza. y arts. 5 y 6 del Código Procesal Administrativo Ley 3918 CPA); 2. Si no lo es, no cabe atribuirle efectos distintos a aquellos que prevé la normativa general del instituto al respecto; en nuestro caso, el Código Civil Argentino y su régimen sobre suspensión del curso de la prescripción; 3. Si es necesario el reclamo, corresponde asignarle efectos interruptivos del curso de la prescripción de igual modo que en el caso de la



Esta jurisprudencia no varía sustancialmente en relación a la establecida por tribunales nacionales, en tanto ha entendido que las gestiones administrativas no interrumpen el curso de la prescripción, cuando dichas actuaciones no constituyen requisito previo para acceder a los estrados judiciales o cuando los objetos perseguidos en una y otra son diversos (*CN Federal Sala Civil y Com., "Barón Fabricio y otro c/Gobierno Nacional", LL 142-594 -Fallo aludido por esta Fiscalía de Estado en Dictamen N°791/06 de fecha 06/09/2006-, CN Federal Sala II, Civil y Comercial, 26/06/1970, "Gobierno Nacional c/ Gabaco S.A. y otro", LL 145-419; CN Federal, Sala II, contenciosos Administrativo, 02/07/71, "Espeche Alberto A c/ Banco Nación Argentina", LL 144-601*) y por la C.S.J.N. (doctrina citada en el caso "Quiroz") en tanto ha entendido que sería un *"grave error de derecho en que incurre la sentencia, cuando afirma que no son idóneos para interrumpir el curso de la prescripción los reclamos administrativos no exigidos por la ley, como en el supuesto de autos, cuando el dec-ley 5975/63 así lo requiere"* (CS, marzo 13 de 2001, *"Pecile, Jacinto José", E.D., 193, pp. 115*) y en fallo unánime de la totalidad de sus miembros (año 1997), ha convalidado el efecto interruptivo del plazo de prescripción del recurso administrativo en el caso "Wiater" (Fallos, 320-2289).

IV. En conclusión analizadas las presentes actuaciones y a tenor de la incapacidad que ostenta el presentante (que asciende al 70% , lo que despeja toda duda sea cual fuere la posición en que nos enrolemos para determinar cual es el porcentaje a partir del cual hay que considerar existe "incapacidad absoluta y permanente" –esto es 60% según art. 14 inc. a) y b) de la Ley 4176 o 66% si entendemos que corresponde considerar al mismo en el 66% según art. 49 de la Ley N°5811 y 8 de la Ley N°24.557-) y los criterios vertidos precedentemente por al doctrina y jurisprudencia citada, así como por Asesoría de Gobierno, es opinión de esta Dirección de Asuntos Administrativos que corresponde considerar al interesado como inmerso en una incapacidad "absoluta y permanente", en el marco de las disposición del art. 14 inc. a) de la Ley N°4176, siendo aplicable la prescripción bienal prevista en el art. 82 de la Ley N°18.037 en el marco de la remisión que efectúa el art. 168 de la Ley N°24.241, a partir de la

efectivización del reclamo pertinente (a fs. 134, de fecha 05/05/09) por lo que el pago debería reconocerse desde el 05/05/07.

Sirva el presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos. Dict. N° 0769/11 - Mendoza, 28/06/11. Fdo. Dr. Abel A. Albarracin. Director de Asuntos Administrativos. Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza (Dictamen compartido por el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia, Dr. Joaquín de Rosas).