

■ Régimen de incompatibilidades para el personal militar que percibe un haber de retiro y se desempeña en un cargo público en el ámbito de la Administración Pública Nacional

Expediente N° 06/01

Jefatura de Gabinete de Ministros

Buenos Aires, 24 de octubre de 2001

Señor Subsecretario de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación:

Se solicita el parecer de este Organismo Asesor acerca de la aplicabilidad de las normas sobre incompatibilidades previstas por el Decreto N° 8.566/61, complementado por el Decreto N° 9.677/61 y modificado por el N° 894/01, al personal militar que percibe un haber de retiro y se desempeña en un cargo público en el ámbito de la Administración Pública Nacional.

I

*Normas vinculadas con la cuestión planteada*

1. El Artículo 1° del Decreto N° 8.566/61 (B.O. 26-9-61) estableció que ninguna persona podría desempeñarse ni ser designada en más de un cargo o empleo público remunerado dentro de la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional.

Asimismo dispuso que resultaba incompatible el desempeño de un cargo público, con la percepción de jubilaciones, pensiones y/o retiros civiles y/o militares provenientes de cualquier régimen de previsión nacional, provincial y/o municipal.

2. Por su parte, el Artículo 7° del Decreto N° 9.677/61 (B.O. 2-11-61) complementario del anterior, amplió los alcances de dicho Artículo e hizo extensiva la incompatibilidad para acumular cargos –hasta ese entonces limitada al ámbito de la jurisdicción nacional– al desempeño de cualquier otro cargo público retribuido en el orden provincial o municipal.

No obstante, su Artículo 8° –en lo que atañe al caso– expresó a título de aclaración, que las disposiciones del régimen instaurado por el Decreto N° 8.566/61 no serían de aplicación en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad y defensa que tuvieran establecido con anterioridad un régimen especial de incompatibilidades; y que, tampoco abarcarían los casos de prescripciones legales vigentes que facultaran [...] la acumulación de cargos entre sí, o de éstos con jubilaciones, retiros o pensiones (el subrayado me pertenece)

3. Recientemente el Decreto N° 894/01 (B.O. 13-7-01) incorporó como último párrafo del Artículo 1° del Decreto N° 8.566/61 el siguiente: 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. La referida incompatibilidad se aplicará con inde-

pendencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios.

A su vez, el Artículo 7 de ese cuerpo reglamentario suprimió del texto del último párrafo del ya comentado Artículo 8 del Decreto N 9.677/61, la aclaración de que se encontraban exceptuadas de la aplicación de las disposiciones del Decreto N 8.566/61, las prescripciones legales vigentes, que facultaran la acumulación de cargos [...] con jubilaciones, retiros o pensiones.

4. Finalmente la Ley para el Personal Militar N 14.777 (B.O. 29-12-58), vigente a la fecha del dictado del Decreto N 8.566/61, en una previsión luego reproducida por la Ley N 19.101 (B.O. 19-7-71), estableció que el personal militar en situación de retiro puede desempeñar funciones públicas o privadas, ajenas a la actividad militar, siempre que sean compatibles con el decoro y la jerarquía propios de tal condición.

## II

### *Antecedentes y objeto de la consulta*

1. Según surge del informe obrante a fojas 1/8 –esta última incorrectamente foliada– el Jefe del Estado Mayor General de la Armada solicitó a la Auditoría General de las Fuerzas Armadas su asesoramiento sobre [...] si el régimen de incompatibilidades determinado por el Decreto N 894/01 es comprensivo del personal militar que percibe un haber de retiro [...] (v. fs. 8).

Al pronunciarse esa Auditoría, luego de efectuar una reseña de las normas legales y reglamentarias en juego y de advertir sobre la eventual incidencia de ese decreto en la percepción de beneficios previsionales militares, sostuvo, en lo esencial que:

1.1. El Artículo 8 del Decreto N 9.677/61, tal como debe entenderse a partir de la reforma introducida por el Decreto N 894/01, excluye a las fuerzas armadas y organismos de seguridad y defensa que tengan un régimen anterior y especial de incompatibilidades, del régimen aprobado por el Decreto 8.566/61.

1.2. De ello [...] deriva que el personal militar en situación de retiro se encuentra excluido del régimen de acumulación de marras (v. fs. 5).

1.3. Ese artículo, en cuanto establece tal excepción, no ha sido derogado por norma posterior alguna y puede considerarse casi ratificado por el Decreto N 894/01 que modificó su parte final, sin alterar la excepción que consagra.

1.4. Cuando el párrafo final introducido al Artículo 1 del Decreto N 8.566/61, por el Decreto N 894/01, determina que la incompatibilidad que prevé [...] se aplicará con independencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios no afecta la vigencia de la excepción establecida para el personal militar, porque la expresión con independencia, no puede sino [...] entenderse con el alcance de ‘sin perjuicio’, toda vez que está aludiéndose a las ‘excepcio-

nes específicas’ que se hallen ‘dispuestas’ (las subsistentes de las previstas en los Artículos 9 a 12 del propio ‘régimen’, y la del 8 del Decreto N 9.677/61 precitado) o a las que se ‘dispusieren’ en el futuro (v. fs. 6).

De no ser así la norma reglamentaria negaría vigencia jurídica a disposiciones normativas posteriores que establecieran nuevas excepciones.

1.5. Por todas esas razones cabía concluir que el dictado del Decreto N 894/01 no había alterado la situación del personal militar retirado respecto del régimen de incompatibilidades que vino a modificar (v. fs. 7).

2. Sobre la cuestión planteada se pronunciaron también, la Oficina Nacional de Empleo Público de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros dictamen que cuenta con la conformidad del Secretario para la Modernización del Estado de esa jefatura y la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esa Subsecretaría de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación (v. fs. 9, 10 y 12/16 respectivamente).

En sus asesoramientos, que por razones de brevedad doy por reproducidos, esas dependencias arribaron a una conclusión contraria a la sostenida por la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, conforme a la cual [...] la incompatibilidad establecida por el Artículo 1 del Decreto N 894/01 entre el cobro de una remuneración por un cargo o prestación contractual y la percepción de un haber de retiro es plenamente aplicable a los casos del personal retirado de las Fuerzas Armadas (v. Es. 9).

3. En este estado del trámite se solicitó mi parecer (v. fs. 17).

## III

### *Análisis de la cuestión planteada*

1. Desde el punto de vista formal, advierto que no se ha requerido la opinión del servicio jurídico permanente del Ministerio de Defensa, Departamento de Estado en cuya órbita se encuentran las Fuerzas Armadas (v. Artículos 16 y 23, Ley N 23.554 de Defensa Nacional).

Al respecto debo recordar que esta Procuración del Tesoro viene sosteniendo que, aún cuando obren en el expediente opiniones letradas de áreas concernidas, es menester contar con el dictamen de las Direcciones Generales de Asuntos Jurídicos de los Ministerios en cuya jurisdicción aquellas se encuentran (*Dictámenes*: 228:157; 229:92; 235:478, entre otros).

Asimismo observo que la consulta no se ha efectuado con relación a un caso concreto de aplicación, como lo requiere desde siempre esta Procuración. Ello porque las características especiales de cada situación particular –no siempre similares o previsibles– pueden dar lugar a soluciones jurídicas diversas, lo que torna relativo un asesoramiento concebido en términos generales y abstractos (v. *Dictámenes*: 203:22; 204:534; 235:224 entre otros).

A pesar de estas objeciones y a fin de no demorar el diligenciamiento de las actuaciones, procederé a pronunciarme con las limitaciones derivadas de las omisiones antes indicadas.

2. Examinados los actuados, adelanto que disiento con la opinión vertida por la Auditoría General de las Fuerzas Armadas.

En primer lugar, la afirmada vigencia del Decreto N° 9.677/61, en particular la de su Artículo 8° en cuanto dispone algunas excepciones a la aplicabilidad del régimen aprobado por el Decreto N° 8.566/61, me permite afirmar que la Auditoría General parte del reconocimiento de validez de sus normas y del sometimiento a ellas.

No obstante esa circunstancia destaco, que la confrontación de las normas aquí en juego (Dtos. N° 8.566/61, N° 9.677/61 y N° 894/01), permite afirmar que se da en el caso lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado una derogación tácita.

En efecto, el citado Artículo 80 del Decreto N° 9.677/61 (aclaratorio y ampliatorio del N° 8.566/61) dispone que los agentes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad no se encuentran alcanzados por las previsiones del Decreto N° 8.566/61, en tanto el Decreto N° 894/01 los incluye.

El dictado de esta última norma, que se opone a la anterior de igual jerarquía, produce una derogación tácita de la primera, dejándola sin efecto.

A ese respecto se ha sostenido que para quitar fuerza legal a una norma del mismo rango, es menester el dictado de otra que expresamente lo disponga o, en su defecto, la existencia de un antagonismo manifiesto entre la norma anterior y la actual.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la forma tácita de derogación de las normas jurídicas, pero la circunscriben a aquellos casos en que haya contradicción o incompatibilidad manifiesta entre normas sucesivas (v. *Dictámenes*: 209:237).

Se ha expresado asimismo que la derogación de las leyes no se presume, debiendo entenderse que para que se configure, la norma posterior debe ser manifiestamente incompatible con la anterior, de suerte tal que resulte imposible aplicar ambas simultáneamente (v. *Dictámenes*: 216:1; 209:370).

De hecho, el texto incorporado al Decreto N° 8.566/61 por el Artículo 1° del Decreto N° 894/01, expresamente indica 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.

Más aún, con el dictado del Decreto N° 946/01 (B.O. 27-7-01) específicamente se aclaró que lo dispuesto en el Régimen sobre Acumulación de Cargos, Funciones y/o Pasividades para la Administración Pública Nacional aprobado por Decreto N° 8.566/61, sus modificatorios y complementarios [...] es de aplicación al ámbito comprendido por los incisos a) y b) del Artículo 80 de la Ley N° 24.156 [...]

Por último el Artículo 7° del Decreto N° 894/01 modificó el, último párrafo del Artículo 80 del Decreto N° 9.677/61 (invocado por la Auditoría General) y tal modificación, lejos de ratificar el alcance de la excepción prevista en la última parte del Artículo 8° del Decreto N° 9.677/61, a la acumulación de car-

gos con jubilaciones, retiros o pensiones, suprimió, expresamente, la alusión al respecto que efectuaba el texto original de esa norma.

Tal supresión resulta coherente con lo dispuesto por el Artículo 1° del decreto modificatorio bajo análisis, cuando consagra la incompatibilidad entre el desempeño de una función o cargo remunerado en la Administración Pública Nacional –cualquiera sea su modalidad– con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro, de cualquier régimen de previsión, de cualquier jurisdicción.

También dicha supresión resulta coherente con la intención perseguida por ese reglamento, que en su Considerando expresa que los principios –de contención del gasto, agrego– que inspiraron las disposiciones del Decreto N° 8.566/61, fueron debilitándose con el dictado de sucesivas normas modificatorias, complementarias y de excepción.

En tal sentido se afirma asimismo, que en el marco del proceso de modernización del Estado en curso, resulta necesario establecer [...] la incompatibilidad entre el cobro de un haber previsional y la percepción de remuneración por el cargo correspondiente [...] y que [...] en atención al principio de igualdad ante la ley, se dispone que esa incompatibilidad debe tener alcance general, comprendiendo a todas las personas que se desempeñan en la Administración Pública Nacional, con independencia del régimen o vinculación laboral o contractual a la que estén sujetas.

En este orden de ideas ha expresado esta Procuración del Tesoro que [...] la voluntad del autor de la norma, y el espíritu y finalidad de la misma –que se desprenden de los considerandos y del con texto–, como asimismo el resultado económico perseguido, autorizan, a mi juicio a otorgar a las palabras textuales del decreto un sentido no restringido a la acepción técnica de los términos empleados (v. *Dictámenes*: 168:107).

Se entendió además en dicho asesoramiento, que concordantemente con lo sostenido por nuestro más Alto Tribunal, la primera regla de interpretación exige dar pleno efecto a la intención del legislador (v. *Dictámenes*: 149:56; 159:427; 160:356 y *Fallos*: 257/99 y 259:63 entre muchos otros), y que aparece como evidente –de la conjunción armónica de la exposición de motivos y del total de las disposiciones contenidas en el cuerpo normativo bajo estudio– que el legislador ha querido obtener un determinado resultado económico [...].

Si bien en el referido dictamen, otra era la medida analizada y otros los objetivos en juego, considero dichos conceptos plenamente aplicables al caso bajo análisis.

3. Por último debo destacar que ya la Ley N° 25.164 (Marco de Regulación del Empleo Público Nacional; B.O. 8-10-99), contemplaba y contempla en su articulado –sin distinción alguna– la situación de quienes gozarán de un beneficio previsional.

En tal sentido, el Artículo 5° de su Anexo determina que se hallan impedidos de ingresar en la Administración, entre otros [...] el que gozare de un beneficio previsional, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, las que no podrán ser incorporadas al régimen de estabilidad.

En este orden de ideas el Artículo 6 del cuerpo legal bajo comentario establece que las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto por los Artículos 4 y 5 o de cualquier otra norma vigente [...] podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de sus funciones.

Por su parte su Artículo 21 consagra que el personal que goza de jubilación o retiro no tiene derecho a la estabilidad, y su designación puede ser cancelada en cualquier momento, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

En definitiva puedo afirmar, que el Decreto N° 894/01 resulta congruente con la normativa vigente en materia de empleo público.

#### IV

##### *Conclusiones*

Por las razones expuestas concluyo en que:

a) Las normas examinadas resultan claras y contundentes, sin que quepa ingresar, para forzar su sentido, en interpretaciones ajenas a su letra, a su espíritu y a la situación de emergencia económica consagrada por la Ley N° 25.344 (B.O. 21-11-00);

b) No es exacto que el Decreto N° 894/01 mantenga o refuerce la posibilidad jurídica de que en el ámbito de la Administración Pública Nacional, persona alguna pueda percibir un haber previsional y simultáneamente, la remuneración de un cargo o función, con independencia del régimen laboral o contractual que a ella lo vincule;

c) Es del resorte exclusivo del Poder Ejecutivo Nacional disponer tal incompatibilidad dentro de su jurisdicción, y en ese sentido el Decreto N° 946/01 (B.O. 27-7-01) ha aclarado que el Régimen sobre Acumulación de Cargos Funciones y/o Pasividades para la Administración Pública Nacional aprobado por Decreto N° 8.566/61, sus modificatorios y complementarios es de aplicación al ámbito comprendido por los incisos a) y b) del Artículo 8° de la Ley N° 24.156, que alcanza a las Fuerzas Armadas;

d) En consecuencia el personal militar retirado de las Fuerzas Armadas en tanto se desempeña en la Administración Pública Nacional, se encuentra abarcado por las normas del citado Régimen.

e) Como antes señalara en cuanto a los términos generales de este asesoramiento en razón de la naturaleza abstracta de la consulta, sólo cabría examinar –a fin de analizar la concesión de una eventual excepción al régimen vigente– la situación de aquel personal que hubiera sido convocado al servicio por su condición de ex miembro de las Fuerzas Armadas o tomando en consideración su particular especialización.

Así lo dictamino.

Ernesto Alberto Marcer