



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



**Ref.: Expte. N°4186-H-2008-04238-
"HOSPITAL PEDIÁTRICO "Dr. HUMBERTO
J. NOTTI - Gladys Quiroga por
jerarquización".**

Señor

FISCAL DE ESTADO,

Doctor JOAQUÍN A. DE ROSAS:

Vuelven las actuaciones administrativas de referencia a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado para su intervención y dictamen en relación a lo solicitado mediante Nota N° 067/2011 que rola a fs. 82 y vta. de esta causa.

Al respecto, el Sr. Jefe de Recursos Humanos del Hospital "Dr. HUMBERTO J. NOTTI" informó a fs. 93 que una situación similar se planteó cuando se trató la jerarquización de la Agente Sra. Adriana TORRES en los autos N° 4188-H-2008-04238, la que fue otorgada por Decreto N° 2706/2010. En esta oportunidad, se aclaró que, para resolver el caso mencionado ut-supra, se acompañó documentación aclaratoria, para que, luego, emitiera su dictamen el entonces titular de esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, durante la gestión anterior, constancias que acompaña a fs. 85/92 de autos.

Igualmente, en dicho informe, se señaló que la parte reclamante en las presentes actuaciones no había iniciado acciones administrativas por el pago de mayor carga horaria, atento a que, por el contrato de locación de servicios que cumplía, se le abonaron las horas convenidas. Esta información induce a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado a variar el criterio sustentado en su Dictamen N° 708/2010 de fecha 7 de Junio del 2010, cuya copia certificada se ha incorporado a fs. 91/92 vta. de autos.

Así las cosas, luego de un análisis minucioso de las constancias y de los antecedentes agregados a esta pieza administrativa y en las vinculadas objetivamente (especialmente expte. N°4188-H-2008-04238 Hospital



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

Pediátrico Dr. Humberto Notti s/ Torres Adriana por jerarquización”), en relación al presente reclamo, considero que corresponde destacar los siguientes aspectos, a saber:

I. Esta Dirección de Asuntos Administrativos entiende que de la previsión expresa del instrumento contractual agregado en autos (que expresamente asigna una jefatura al firmante) y de las certificaciones que obran agregadas a fs. 34 y 44 (con fecha 13 de Abril de 2009 y 1º de Junio de 2009), emitidas por la Sra. Directora Ejecutiva de dicho Nosocomio, queda indubitadamente acreditado que la Agente cumplió la función de “Jefe de Unidad del Servicio de Internación II” (dependiente de la Supervisión de Servicios de Internación del Hospital Pediátrico “Dr. Humberto J. Notti”) y que el contrato en cuestión compensaba la misma, toda vez que las certificaciones aludidas dejan expresa constancia de que se encontraba el firmante “cumpliendo funciones de **“Jefa de Unidad en STP II...”** y de que **“.....en los años 2007, 2008 y lo que va de 2009, ha tenido contrato de locación de servicios por la función jerárquica certificada, con cumplimiento de 15 horas de trabajo, más disponibilidad horaria...”**, respectivamente (negrita me pertenece).

Dichas certificaciones constituyen verdaderos “actos administrativos” que remarcan, con toda evidencia, que los contratos de locación de servicios que oportunamente celebrara la parte reclamante han tenido por objeto compensar la **función jerárquica**, y no tendieron a cubrir una mayor carga horaria, tal como se pretende en el ámbito de la interpretación legal elaborada en el marco del art. 12 de la Ley Nº7552 (tercer párrafo) en los dictámenes aludidos.

Las certificaciones indicadas son actos administrativos por los cuales la *“...Administración afirma la existencia de un acto o hecho. Se hace constar por escrito... Puede referirse a actos celebrados entre particulares, generalmente registrados ante la Administración, o a relaciones entre los particulares y la Administración¹...”*.

¹ Conf. Dromi, Roberto, en “Derecho Administrativo”, 2009, Bs. As., Cdad. Argentina, pp. 401,

Es importante señalar asimismo que los instrumentos citados gozan de la "presunción de *legitimidad*", propia de los actos y contratos administrativos, tanto las certificaciones de la Sra. Directora Ejecutiva del Hospital ya citado (fs. 34 y 44 de autos), como el Contrato de Locación de Servicios oportunamente celebrado por el Agente (cuya copia glosa a fs. 42), de acuerdo con lo prescripto por el art. 79º y 112º de la Ley Porv. Nº 3909 de Procedimiento Administrativo, lo que atento a otros elementos (como la reconocida imposibilidad de controlar el horario -lo que se tratará seguidamente-) afirman su subsistencia y validez.

II. Otro elemento a valorar dentro de la postura oportunamente sostenida, es el que deriva de la inexistencia de tramitaciones referidas a la obtención del adicional previsto en el art. 11 de la Ley Nº7552 (que compensa el "mayor horario"). En efecto, en el punto 2) de la NOTA Nº 081/2001 (fs. 83 y vta.), Fiscalía de Estado solicitó a la Dirección de Recursos Humanos del Hospital Humberto Notti, que informara "si se han iniciado acciones administrativas para el pago de esa mayor carga horaria".

Al respecto, en el primer párrafo del informe de fs. 93 (emitido por la Dirección de Recursos Humanos del Hospital), se hizo remisión, a su vez, al informe producido por esa dependencia en el Expte. Nº 4188-H-2008-04238, caratulado: "Hospital Pediátrico Dr. Humberto J. Notti" -TORRES, Adriana, por Jerarquización", agregado en copia certificada a fs. 85 y vta. de la presente causa, en el cual se destacó " *...la imposibilidad material de realización, atento que el Hospital no está en la actualidad efectuando control horario directo...*".

En síntesis, no sólo no se puede acreditar fehacientemente el horario cumplido por el Agente, sino que, además, se concluye que no existen acciones administrativas para el pago de la mayor carga horaria que se pretende cumplida y/o en cumplimiento, lo que despeja cualquier duda sobre el verdadero concepto que se retribuía a través del contrato de locación de autos (esto es, la "función jerárquica" ya que no ha existido ni existe posibilidad de efectivizar los controles horarios pertinentes y no hay



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

impetrados reclamos por éste ítem en la actualidad, de lo que deviene inevitable la conclusión de que no es razonable sostener que los contratos remuneraban el "mayor horario").

III. Asimismo, considero necesario resaltar que la Asesoría de Gobierno ha considerado que, si la función se venía pagando a través de un contrato de locación de servicios, no corresponde el pago, en forma retroactiva, del "adicional por función jerárquica", tal como prescribe la norma legal citada, ya que, si se dispusiera el pago de ese adicional en forma retroactiva, se estaría abonado lo que ya fue motivo de pago al interesado e incurriendo éste en un enriquecimiento sin causa por abuso del derecho. Según el criterio de Asesoría de Gobierno, -al cual remito-, sólo se justificaría un pago en forma retroactiva si, en el caso concreto, se registrara una diferencia entre lo que la peticionante percibía por el contrato y la liquidación que arroje la diferencia de clases (es decir: la clase que tenía la Agente y la que se le ajusta por jerarquización²).

IV. Por último, deberá tenerse presente que la postura sostenida en el presente dictamen importa una variación del precedente administrativo esbozado en el caso "Torres Adriana s/jerarquización" traído al procedimiento, lo que resulta legítimo toda vez que los Dictámenes se emiten en cada caso concreto sometido a análisis, no existiendo además un derecho adquirido al mantenimiento de la doctrina administrativa sentada en su oportunidad en relación al tema específico, no resultando ilegítima su variación (y en tanto la misma se funde debidamente y no devenga en discriminatoria o violatoria del principio de igualdad), teniendo en especial consideración además que la misma concluye unificando el criterio jurídico con el propugnado por la Asesoría de Gobierno en Dictamen N°120/2010³ emitido en el expediente

² Dictamen N°120/2010, de fecha 02/03/2010 y aclaratorio N°175/2010, ambos emitidos en el expte. N°4188-H-2008-04238-"Hospital Infantil Humberto Notti s/Torres Adriana por jerarquización".

³ Se lee en el dictamen de marras: "...La norma es clara en cuanto fija una compensación retroactiva del "pago" de la función que se reconoce, por lo que entiendo acertado el criterio fijado por el Servicio Jurídico del Ministerio de Salud al decir que si la función se le venía remunerando mediante un contrato de locación de servicios, el pago debería ser sólo de la diferencia existente entre lo que percibía por el contrato y la liquidación que arroje la diferencia de clases... Esta solución es la que mejor se adapta a la justa aplicación de la norma, pues sostener el pago de la función a rajatabla, desentendiéndose de que el agente haya percibido pago por la misma, no sólo aparece como arbitraria, sino que engendra en sí misma un

4188-H-08-04238 "Torres A. s/jerarquización" ya analizado, debiendo tenerse presente que la existencia de precedentes administrativos (tanto referidos a actos administrativos como, especialmente, a los dictámenes que en la preparación de la voluntad se emiten) no poseen, en principio, carácter vinculante.

Esta ha sido la posición histórica de la Procuración del Tesoro de la Nación, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, habida cuenta de que, en caso contrario y de reconocerse fuerza vinculante al precedente, la administración no podría variar su accionar por razones de oportunidad, mérito o conveniencia o cuando el obrar anterior hubiera devenido de una interpretación o valoración errónea o diferente de la situación fáctica traída a análisis.

Así las cosas, ha dicho el máximo órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional que: *"...Nadie tiene en principio un derecho adquirido al mantenimiento de leyes ni de criterios jurisprudenciales, por lo que tampoco resulta razonable invocar su existencia frente a un cambio de criterio de precedentes administrativos, en especial cuando las circunstancias exigen la evaluación de cada caso en concreto. Los precedentes administrativos carecen de efecto vinculante en tanto no existe norma legal que constriña a la Administración a dictar sus decisiones de acuerdo a lo obrado en casos anteriores; en efecto, no obligan a la Administración a conformar su voluntad de idéntica manera cuando existan razones fundadas para expedirse en un sentido diferente. El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en*

enriquecimiento sin causa por abuso del derecho... En efecto, del contrato de locación agregado a fs. 44 surge que dentro del objeto de la locación se le encomendaban al locador las funciones de Jefe de Terapia, en un ítem distinto del de enfermero profesional. Tal constancia aceptada por las partes disipa cualquier duda respecto de que el servicio de Jefe de Terapia era parte del objeto contractual por el que se paga el precio. Por ello, y en vista de la certificación de fs. 48, no corresponde prima facie el pago del retroactivo de la función, debiendo determinarse si existen no obstante acreencias a favor del agente una vez calculada la diferencia de salario entre su clase y la que se le ajusta, en comparación con lo percibido con motivo del contrato de locación..."



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos (conf. Fallos 320:2151). La igualdad asegurada por la Constitución a los habitantes del país es la igualdad ante la ley a fin de que ninguna norma legal pueda establecer entre ellos diferencias de trato en situaciones sustancialmente idénticas. Siendo esto así, la desigualdad acusada en el caso y que se la hace derivar de la existencia de fallos contradictorios, no importa una violación de la garantía constitucional, como quiera que, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, dicha garantía no obsta a la desigualdad de hecho que resulta de la interpretación de la ley en una similar situación jurídica, cuando es la consecuencia natural o inevitable del ejercicio de la potestad de juzgar que incumbe a los diversos tribunales de justicia, al aplicar la ley conforme a su propio criterio (conf. Fallos 233:173)...⁴”.

En análoga posición, la C.S.J.N., ha entendido que para que se configure agravio a la garantía de igualdad, la desigualdad debe surgir de la propia ley y no de la aplicación, ejecución o interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir⁵, destacando para finalizar, que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha considerado que: *“el hecho de que en alguna oportunidad esa indemnización haya sido acordada a otro empleado de Vialidad Provincial no obliga a la Administración a insistir en el error (Conf. LS. 280-438; 274-462)⁶...”* y que: *“...El precedente administrativo carece de fuerza vinculante para la Administración en modo tal que la constriña a resolver en igual sentido⁷”.*

⁴ P.T.N., Tomo: 236: Pág: 91, Dictamen de fecha 23/01/01.

⁵ Conf. C.S.J.N., 1957, “The Smithfield and Argentine Meat and. Co. Ltd.”, Fallos, 237:266; 1968, “Santoro”, Fallos: 272:231; 1972, “Hopstein”, Fallos: 284:193; 1976, “Díaz Velar”, Fallos: 294:87; 1977, “Díaz Colodrero”, Fallos: 297:480; 1978, “Dirección Nacional de Recaudación Previsional”, Fallos: 300:564; 1982, “Magdalena”, Fallos: 304:710; 1987, “Motor Once”, Fallos:310:943; 2007, “Albarracin”.

⁶ Expte.: 66403 - MILINA, FELIX ANTONIO - DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD - ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA- Fecha: 26/07/2000 -SUPREMA CORTE DE JUSTICIA (Ubicación: LS296 - 186)

⁷ (Expte.: 57133 - SAEZ DE SILVANO, BEATRIZ E. - PROVINCIA DE MENDOZA ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA Fecha: 21/10/1997 - SENTENCIA Tribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA (Ubicación: LS274 - 462)

V. Como consecuencia de lo expresado en los párrafos anteriores, y en atención a las constancias agregadas en las presentes actuaciones, es opinión de esta Dirección de Asuntos Administrativos que en el presente caso concreto, no se han cumplimentado los extremos legalmente exigidos para efectivizar el pago retroactivo reclamado con fundamento en el art. 12 tercer párrafo de la Ley N°7557 y mod., en virtud de la existencia de un contrato de locación de servicios y certificaciones que acreditan que el mismo compensaba la "función jerárquica", que ostentaba el peticionante.

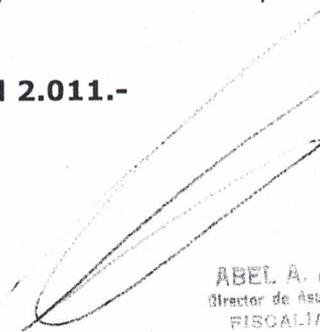
En definitiva, si el reclamante, mientras estuvo sujeto al régimen de sucesivos Contratos de Locación de Servicios, percibió los honorarios pertinentes, previstos en cada contrato, no corresponde abonar la función jerárquica durante el Ejercicio del año 2008, en forma retroactiva al 1º de Enero del 2007, al estar expresamente excluida esta posibilidad por el texto expreso del primer párrafo "in fine" del art. 12º de la Ley Prov. N° 7557 (modificado por el art. 69º de la Ley N° 7837).

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

FISCALÍA DE ESTADO, 11 de Julio del 2.011.-

Dictamen N° 0857/11

ASM/ER/AA


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

Visto el dictamen que antecede, emitido por el Sr. Director de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, Dr. Abel A. ALBARRACIN, el que comparto en todos sus términos, remito estas actuaciones al HOSPITAL "Dr. HUMBERTO J. NOTTI" para la continuidad de su trámite.-

FISCALÍA DE ESTADO, 11 de Julio del 2.011.-

ASM/ER.


Dr. JOAQUIN A. DE ROSAS
FISCAL DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA 7