



Ref. Expte. N°5813-M-2008-77770 "Solicita Mayor Dedicación a las Agte. María Lourdes Quiroga, Mónica S. Salcedo y Gabriela R. Guajardo"

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
SUBROGANTE DE MENDOZA
DR. JAVIER FERNANDEZ**

S

D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos, las presentes actuaciones en las cuales se solicita el reconocimiento del ítem mayor dedicación para las peticionantes a partir del 01/11/2008.

En este estado entiendo necesario destacar los siguientes aspectos:

1. En primer lugar destacar que se han remitido a esta Dirección de Asuntos Administrativos las presentes actuaciones en el marco de la previsión del art. 25 de la Ley N°8530 y 11 del Decreto N°354 /13 (vigente conforme art. 1 del Decreto 2555/14), en tanto se reclaman ítems correspondientes a ejercicios presupuestarios vencidos (según dictamen legal de fs. 81, a partir del 01/11/2008, en virtud de los informes de fs. 16, 17 y 18).
2. Corresponde señalar asimismo, que no se ha dado estricto cumplimiento de lo requerido en la Nota N°89/14 de fs. 112 (12/05/14), toda vez que la autoridad administrativa competente no ha informado si procedió (como era su obligación, en virtud de los arts. 113, 118 y 149

de la Ley N°3909¹) a notificar la resolución en análisis a los interesados, sino que en forma cuando menos curiosa (sino anómala), ha procedido a incorporar una NOTA (con fecha 05/02/14, sello fechador del 07/02/14), suscripta por los interesados, en la cual dejan constancia de *"...no haber sido notificadas fehacientemente, pero si percibir un incremento en el sueldo a la fecha de cobro..."*, con expresa referencia de notificación del expte. en curso, toda vez que la misma comienza consignando: *"...Visto el expte. 5813/08/77770..."*.

3. Tampoco existen en estas actuaciones, peticiones de los particulares eventualmente beneficiados por el posible otorgamiento del retroactivo que se persigue, siendo la única actuación efectuada por los mismos, la mencionada precedentemente. Es decir que el trámite se ha desarrollado de oficio por parte de las autoridades administrativas participantes.

4. Así las cosas, entiendo que la cuestión planteada debe resolverse en el marco de la teoría del sometimiento voluntario y de la caducidad de los plazos para recurrir, resultando irrelevantes los aspectos vertidos en relación a la existencia o no de prescripción del derecho que se pretende esgrimir². Ello en tanto el término para cuestionar, (aunque sea parcialmente -art. 2-) los efectos de la resolución N°1598/11 han precluido en exceso a la fecha del presente dictamen. En efecto, si emitida la resolución N°1598/11 con fecha 29/07/11, y notificada la misma (a través del procedimiento previsto en los arts. 46 inc. b) y 153 de la Ley N°3909 (-siendo el plazo de notificación más favorable a los presentantes el del 07/02/14 de fs. 69 vta. del sello fechador-), el plazo para recurrir el mencionado acto administrativo, aunque sea parcialmente (esto es con respecto al lapso temporal por el cual la resolución reconocía el adicional a los presentantes (-a partir de la

¹ Téngase presente que en el ordenamiento público provincial, la notificación del acto administrativo es parte de un elemento esencial del mismo como es la Forma (arts. 41 a 48 de la Ley N°3909) y hace a la validez del mismo, a diferencia del orden nacional donde es simplemente un recaudo de "eficacia".

² Cabe recordar en este sentido, en relación a la postura esgrimida por dictaminante en relación a la doctrina sentada por Asesoría de Gobierno en relación a este instituto (y sin que ello haga al objeto principal sometido a dictamen), que la Fiscalía de Estado no está sometida funcionalmente a su superintendencia, dado su status constitucional (órgano extrapoder) y diversidad de funciones (control de la administración, defensa de los intereses del fisco y asesoramiento del H.T. de Cuentas de la Provincia), lo que se ve reflejado en las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la creación y el funcionamiento de ambos órganos (vg: arts. 177, 178 y cctes. de la C. Provincial; Ley N°728 y 4418; art. 3 inc. c) y cctes. del Decreto N°803/53; Decreto N°3152/88 y arts. 1 y 3 del Decreto N°1784/96, entre



"fecha de la misma" según texto expreso del art. 2-), ha vencido con holgura a la fecha del presente dictamen, por lo que los presentantes de fs. 109 habrían consentido la mencionada norma, limitando sus efectos a las previsiones de la misma y no siendo procedente pretender alzarse en contra de su validez. Es decir que los eventuales beneficiarios de la petición, HAN CONSENTIDO la mencionada norma lo que los hace incurrir en la teoría del "sometimiento voluntario" e impide su posterior cuestionamiento. Nuestra Corte Federal considera que el sometimiento voluntario del interesado a un régimen jurídico sin reserva expresa impide su ulterior impugnación (Fallos 149-137; 312-245; 313-1289, entre otros), siendo ello así porque en principio, ese sometimiento importa una renuncia del respectivo que se pretende ejercer. En similar sentido ha dicho la S.C.J.Prov. que: *"El sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin cuestionarlo en tiempo y forma impide su posterior observación. Ello supone la aplicación de la teoría de los actos propios en el campo laboral, mientras haya buena fe y no engaños entre las partes, fraudes o conductas dolosas dirigidas a perjudicar a la parte débil de la relación jurídica. No existiendo ello, la prudencia judicial juega un papel determinante en el análisis de los derechos que se ventilan..."*³. Vale aclarar que si bien el reclamante se ve inserto en un régimen legal, la asignación es incuestionablemente admitida en los términos del acto administrativo mencionado, efectuando esta aclaración en tanto dicha fórmula ha sido motivo de diversos pronunciamientos posteriores donde se afirmó que no puede ser aplicada indiscriminadamente ya que el sometimiento debe ser voluntario, realmente libre y no existe voluntariedad si la persona se incorpora al régimen en cumplimiento de una obligación legal (lo que no ocurre en este supuesto), pudiendo consultarse L.S. 284-461 y citas doctrinas incorporadas en LS 329-1. En igual sentido, ha expresado

³ Autos Nº57717, caratulados "MESA ANTONIO EN J: MESA ANTONIO E. - SADE SA CCFIML ORDINARIO - INCONSTITUCIONALIDAD", Fecha: 26/02/1996 (Ubicación: L.S. 263 - 183).

recientemente la S.C.J.Prov. al decir que: *"Si bien se considera que el sometimiento voluntario del interesado a un régimen jurídico sin reserva expresa impide su ulterior impugnación porque, en principio, ese sometimiento importa una renuncia del respectivo derecho que se pretende ejercer, dicha fórmula no puede ser aplicada indiscriminadamente ya que el sometimiento debe ser voluntario, realmente libre y no existe voluntariedad si la persona se incorpora al régimen en cumplimiento de una obligación legal. Expte.: 92459 - SUPERCANAL S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE RIVADAVIA S/ ACC. INC. Fecha: 21/12/2010).*

5. La doctrina que está en análisis ha sido citada por esta Dirección de Asuntos Administrativos en causa antecedente⁴ se ha desarrollado a partir del *leading case* del 24/8/1927 (Fallos 149-137), afirmando sostenidamente la Corte Nacional que *"el voluntario sometimiento del interesado a un régimen jurídico sin reserva expresa impide su ulterior impugnación (ver, entre muchos, CSN Fallos 157-352; J.A 44-6; Fallos 175-262, 184-361; 187-444; 255-216; 275-239; 275-256; 285-329; 293-221; 294-220; 299-276; 305-826 y 1402; 307-358; 310-884; 311-1880; 312-245; 312-1706; 312-1494; 312-1891; 313-1289; 313-1596; conf. entre otros, Cam. Nac. Federal contencioso- administrativo Sala III 17/10/1997, Bicain, Horacio c/Estado Mayor General de la Armada, LL 1998-D-207; Cam. Nac. Com. Sala A, 6/12/1994, Papel de Tucumán s/Quiebra, LL 1995-D-69).*
6. La Suprema Corte de Justicia también se ha orientado en este sentido, considerando que *"...el sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin cuestionarlo en tiempo y forma impide su posterior observación, porque en principio, ese sometimiento importa una renuncia del respectivo derecho que se pretende ejercer..."* con expresa mención de las limitantes, al reconocer *"... que dicha fórmula no puede ser aplicada indiscriminadamente y que el cumplimiento debe ser voluntario, realmente libre y no existe voluntariedad si la persona se incorpora al régimen en cumplimiento de una obligación legal (L.S. 421-237; 339-172; 263-183)..."* (Expte. Nº 98.037, "Vidoni Oscar c. I.S.C.A.MEN

⁴ Vg: Dictamen Nº345/12, de fecha 26/04/12, en expe. Nº7026-G-2012-7770 "S/pago de diferencia salarial como ex jefe del PEMYC". Originarios del Ministerio de Salud.



S/APA", Sala I, 27/03/2012). En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Federal y Provincial al respecto, ha considerado que, reducida a sus justos límites, la tesis es correcta⁵, considerando que se requieren dos elementos esenciales configurativos: **voluntariedad del sometimiento⁶ y renunciabilidad de los derechos en juego⁷**.

7. Ahora bien, sin perjuicio de lo expresado en los párrafos precedentes, respecto de la imposibilidad de los particulares involucrados y que han tomado vista del expte. a fs. 109, de alzarse contra la Resolución N°1598/11, corresponde aclarar que compete siempre a la administración pública restituir el imperio de la legalidad (principio de juridicidad) en el accionar administrativo, por lo que en caso de verificarse que los extremos requeridos para el otorgamiento retroactivo del adicional es ajustado a derecho, podría la misma modificar el acto administrativo original en el marco de las previsiones de los arts. 77 inc. a) y/o c) y 78 de la Ley N°3909, o reconocer el derecho que les asiste en tanto se verifiquen los presupuestos fácticos y jurídicos que se requieren al efecto, en cuyo caso deberá darse estricto cumplimiento a las previsiones de los arts. 25 de la Ley N°8530 y 11 del Decreto N°354/13.
8. En definitiva, respecto de la teoría del "sometimiento voluntario", no existiendo en el presente supuesto derechos irrenunciables (ya que no se afecta la asignación de clase del agente) y habiéndose sometido voluntariamente al régimen establecido por la

⁵ Ver fallos del 19/3/1992, "Arregui" (L.S 226-346) y del 19/3/1998, "Spampinato Caravajal" (L.S 278-182), publicado en Rev. Foro de Cuyo N° 31-209.

⁶ El sometimiento debe ser voluntario, realmente libre, espontáneo; no existe voluntariedad si la persona se incorpora al régimen *en cumplimiento* de una obligación legal (Ver Bidart Campos, G. El voluntario sometimiento a un régimen jurídico, ED 78-249; del mismo autor, La mala invocación a la renuncia de un derecho por acogimiento voluntario a un régimen jurídico, ED 140-643) o si no tenía otra opción (CSN 7/7/1987, Bco. Comercial del Norte SA c/Bco. Central de la Rca. Argentina, ED 126-558, con nota aprobatoria de Bidart Campos, G., Sometimiento Voluntario o involuntario? a un régimen jurídico; presta adhesión al fallo de la Corte y al comentario respectivo, Mairal, Héctor A., El acatamiento de un reglamento dictado por el Banco Central no impide su ulterior impugnación, en IV Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras. 1 Jornadas de Derecho Bancario, Bs. As., Nov. 1988, pág. 169).

⁷ Como ha dicho la Corte Federal, "resulta irrazonable aplicar la teoría del sometimiento voluntario para denegar la revisión de un derecho al que la Constitución Nacional le confiere carácter de irrenunciable (Ver, entre muchos, sentencias referenciadas por López Mesa, Marcelo, La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia, Bs. As., Depalma, 1997, pág. 116/117).

Resolución N°1598/11), no es válido admitir que se persiga el reconocimiento del retroactivo requerido por las autoridades intervinientes, **sin perjuicio de lo expresado en el punto 7 precedente.**

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Mendoza, 31/07/14.

Dict. 01081/14.

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

Mendoza, 31/07/14.

Compartiendo el suscripto el dictamen N°01081/14 que antecede, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE los presentes actuados al Sr. MINISTRO DE SALUD, a los efectos que estime corresponde

FISCALIA DE ESTADO
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

SALIO - Fecha 07-08-14
Hora: 11:26 Folios 119
Tramitó: J. [Signature]

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA
Dirección de Asuntos Administrativos
FISCALIA DE ESTADO

Dr. JAVIER A. FERNANDEZ
FISCAL DE ESTADO Subrogante
(Ley 11.168)
PROVINCIA DE MENDOZA