

Ref. DDP-1353-Quiroga Mariela A. S/reconocimiento antigüedad”.

**AL SEÑOR
FISCAL DE ESTADO DE
LA PROVINCIA DE MENDOZA
S / D**

Vienen a esta Fiscalía de Estado las presentes actuaciones, remitidas por el Administrador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en consulta por dos aspectos relacionados a la causa que tramita en la pieza referenciada ut. supra, por lo que se circunscribe la emisión del presente dictamen a lo requerido a fs. 103, esto es: 1. si corresponde que la agente opte por el pago del adicional en uno solo de los trabajos o debe optar para su percepción; y 2. si debe devolver los haberes mal percibidos (en caso de que los hubieren) sin perjuicio de que en el ejercicio de competencias constitucionales y legales (art 177 de la Constitución Provincial y arts. 1, 2 y ctes. de la Ley N°728) se efectúe también una breve referencia sobre la situación de la presentante en torno a la eventual incompatibilidad en que podría encontrarse.

En relación al primero de los puntos sometidos a dictamen, esta Fiscalía considera que para analizar debidamente el caso concreto, es necesario puntualizar que el interesado recurrente está sometido, por las prestación de servicios en el Poder Judicial y en la Dirección General de Escuelas, a dos regímenes escalafonarios diferentes, regulando ambos, en análoga forma, el otorgamiento del adicional en cuestión y su forma de pago (el art. 51 inc. a) y 53 de la Ley N°5126 y art. 9 del Decreto N°4322/79 - modificado por el art. 42 de la Ley 5973- respectivamente).

La mencionada normativa establece así cuales son los condicionamientos que se tendrán en cuenta para que el personal de la administración perciba el adicional en análisis, a cuyo efecto en la segunda parte de los artículos 53 de la Ley 5126 y 9 de la Ley 4322, establecen una importante limitación a los efectos **del cálculo de la antigüedad**, cual es que sólo podrán computarse a este efecto servicios prestados en administración pública (nacional, provincial o municipal) que no se hayan cumplido en forma simultánea. Es decir, lo que la norma expresa y claramente impide, es retribuir lapso de tiempo de prestación de servicios “simultáneos” en dos en dos reparticiones estatales de cualquier nivel estadual.

En efecto, la previsión de la segunda parte del art. 53 aludido ut supra (idéntico a la segunda parte del art. 9 del Decreto N° N°4322), se refiere expresamente a la prohibición de generar antigüedad computando servicios prestados en forma simultánea en las reparticiones mencionadas (nacionales, provinciales o municipales), pero no establece (ni

Es decir que, sin perjuicio de lo expresado precedentemente (esto es, reconocimiento del derecho que asiste al agente a percibir el adicional en ambos puestos de trabajo), en tanto se haya computado antigüedad en violación a la previsión del art. 53 segundo párrafo de la Ley N°5126 y 9 segundo párrafo del Decreto Ley N°4322, habría mediado un "error esencial" del agente (o en éste supuesto, de la administración, a tenor del informe de fs. 69) más específicamente, al fijar el "quantum" del monto reconocido por ese concepto, lo que viciaría al acto en cuestión.

A éste respecto es dable destacar que aun estando notificado debidamente, la naturaleza y evidencia del vicio (que incluso está reconocido por la recurrente) impide que el mismo adquiera estabilidad, en los términos del art. 96 de la Ley 3909, habida cuenta que el mismo pierde la característica de "regular" que el citado instrumento legal requiere para que adquiera ese carácter, pudiendo ser revocado por la propia administración.

En efecto, el evidente "error" de cálculo en que habría incurrido la administración (que incluso la presentante lo reconoce con este carácter) y que devendría, en principio, de un problema informático (fs. 69), vulnera, en definitiva, la prohibición del art. 53 segunda parte de la Ley N°5126 y 9 segunda parte del Decreto Ley N°4322 (que expresamente impiden que se calcule el tiempo a abonar por antigüedad en base a servicios prestados en entidades estatales en forma "simultánea") y su reconocimiento está en discordancia con la situación de hecho reglada por el orden normativo, por lo que se encontraría "groseramente" viciado (arts. 49 segunda parte, 50, 52 inc. a) y b) de la Ley N°3909) siendo procedente en consecuencia, proceder a la revocación del mismo en la órbita administrativa (art. 76 de la Ley N°3909), conforme doctrina sentada por la S.C.J.Prov. en causas "Vega" (29/114/06) y "Guzmán Mario c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Prov. y otro" (S 222-209, 24/07/1991) ya que, al reconocer la antigüedad en violación la prescripción de los arts. citados se ha transgredido una norma prohibitiva, por lo que el mencionado acto no es apto para generar verdaderos derechos subjetivos y carece asimismo de estabilidad, debiendo la administración así declararlo restituyendo el imperio de la legalidad objetiva.

Expresamente sentenció la Suprema Corte de Justicia en la causa N° 86.429, caratulada: "PROVINCIA DE MENDOZA EN J° 29.647/163047 VEGA JOSE VICTOR C/ PROVINCIA DE MENDOZA C/ ACC. DE AMPARO S/ INC. CAS." (29/11/06) - III Conclusiones- que: "...Coincidimos con la doctrina especializada en el tema que sostiene que "la anulación de oficio es categorizada como un deber de la Administración, es decir, como una potestad administrativa de uso obligatorio, de modo que cuando ella es procedente, su ejercicio constituye una obligación de ejercicio inexcusable". Y en que es procedente aún cuando el acto estuviere firme "pero no hubiere generado derechos o hubiese generado sólo intereses o deberes" (Julio Rodolfo Comadira, "La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada "cosa juzgada administrativa", 2da. ed., Editorial Ciencias de la



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCION DE MAYO



2. carece en consecuencia de sustento legal el acto administrativo mediante el cual se intima a "optar" por el cobro del adicional en uno de los empleos en cuestión, en virtud de lo expresado en el párrafo precedente y conforme los fundamentos expresados en el presente dictamen;
3. sin perjuicio de lo expresado, en tanto exista un "error" en la forma de computar y liquidar el adicional, que plasma en el art. 2 de la Resolución N° 24.595, el acto de reconocimiento ostentaría un vicio "grosero" en su objeto, al haber transgredido la previsión del art. 9 segunda parte de la Ley N°4322, correspondiendo su revocación en sede administrativa, atento a la naturaleza del mismo y en relación al monto reconocido (art. 52 inc. a) y b) y 76 de la Ley N°3909);
4. para el supuesto de que existan abonadas sumas de dinero conforme los cálculos que se hubieran realizado en forma errónea y que han sido citados en el párrafo anterior, deberían ser restituidas a la administración en las sumas percibidas en exceso, en virtud de los efectos retroactivos que la declaración de inexistencia recomendada surte conforme la normativa vigente (art. 76 de la Ley N°3909); y
5. tener presente lo expresado en relación a la presunta situación de incompatibilidad de la presentante, a los efectos de implementar las medidas idóneas con el objeto de que cese la misma mediante los procedimientos estatuidos al efecto (art. 12 de la Ley N°6929 y art. 3 y cctes. de la Ley N°3918).

Fiscalía de Estado, Dirección de Asuntos Administrativos.
Mendoza, 05/10/10
Dict. 1320/10

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

Mendoza, 05 de Octubre del 2010.

Compartiendo el suscripto el Dictamen N°1320/10 que antecede, producido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE a conocimiento y trámite del Sr. Administrador General de la Suprema Corte de Justicia, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

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