



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina
FISCALIA DE ESTADO

ES COPIA DEL ORIGINAL
CAROL ALEJANDRO LEON
PRO SECRETARIO
FISCALIA DE ESTADO

73

Tramita por ante esta Fiscalía de Estado, el expediente de nuestro registro N° 056/97, caratulado: "s/SOLICITA CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NOMINADOS RESOLUCION N° 1063/97 M.S. Y A.S. Y DISPOSICION N° 2824/97 D.G.R.H.", el que se iniciara con motivo de una presentación realizada por el agente Francisco GONZALEZ RODRIGUEZ, a través de la cual solicita el control de legalidad a que se refiere la carátula transcripta; que se observe dichos actos administrativos y finalmente que se ordene a las autoridades emisoras la revocación de los mismos.

Señalado el objeto de la presentación, corresponde seguidamente adentrarse en el análisis de la cuestión planteada, comenzando con la relación de hechos vinculados con la misma.

El 8 de mayo de 1992 mediante Disposición H.R.U. N° 23/92 el Dr. Francisco GONZALEZ RODRIGUEZ Cat. 21 P.A. y T. es designado Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital Regional Ushuaia a partir de la fecha de la citada Resolución (fs. 5).

El día 17 de marzo del corriente año, de acuerdo a lo establecido en la ley territorial N° 442 se realiza el acto para la elección de seis (6) Vocales Titulares y tres (3) Vocales Suplentes para integrar el Consejo de Administración del Instituto de Servicios Sociales de la Provincia, acto en el cual es electo para ocupar el cargo de Vocal Titular el Dr. Francisco Lear GONZALEZ RODRIGUEZ.

En tal sentido, el 25 de marzo del corriente año se realiza mediante decreto N° 787 la proclamación y designación de los Vocales Titulares (art. 1°), entre los cuales obviamente se encuentra el Dr. GONZALEZ RODRIGUEZ, disponiéndose asimismo que "... los Vocales Titulares indicados en el artículo 1° asuman sus funciones el día 1 de Abril de 1997, fecha a partir de la cual comenzará a computarse el término del mandato ..." (art. 3°).

Teniendo en cuenta lo relatado precedentemente, entiendo pertinente transcribir, en lo que interesa - lo establecido en el artículo 6° de la ley territorial N° 442:

"... Los miembros titulares gozarán de una Licencia Especial, percibiendo haberes abonados por la repartición a la que pertenezcan, por el término que dure su mandato y un equivalente a la diferencia con la Categoría 24 del Instituto de Servicios Sociales del Territorio si la hubiere, la que será abonada por el Instituto ...".

Presentada la solicitud de licencia por el agente GONZALEZ

RODRIGUEZ recién con fecha 29 de abril de 1997, es decir más de un mes después de conocida su proclamación, y tramitada mediante el expediente N° 03286/97 del registro de la Gobernación, la misma es concedida, como es lógico suponer a partir del día 1° de abril del corriente año, y por el término que dure su mandato, ello a través del dictado de la Resolución M.S. y A.S. N° 666 de fecha 12 de mayo de 1997 (fs. 4).

Con motivo de la acefalía en la Jefatura del Servicio de Ortopedia y Traumatología del Hospital Regional Ushuaia, provocada por la asunción del agente GONZALEZ RODRIGUEZ como Vocal Titular del Consejo de Administración del Instituto de Servicios Sociales de la Provincia con el consecuente goce de la licencia prevista en el artículo 6° de la ley territorial N° 442, la Sra. Coordinadora de Salud Zona Sanitaria N° 2 solicita mediante Nota N° 076/97 la designación del Dr. Guillermo Alfredo BROWNE como Jefe del Servicio Ortopedia y Traumatología.

Considerada favorablemente la solicitud a que he aludido precedentemente, el día 10 de julio del corriente año, el Sr. Ministro de Salud y Acción Social emite la Resolución MSYAS N° 1063 a través de la cual deja sin efecto "... la designación como Jefe del Servicio Traumatología del Hospital Regional Ushuaia, efectuada mediante Disposición H.R.U. N° 23/92 a favor del agente Francisco GONZALEZ RODRIGUEZ, Categoría 21 P.A.y T., legajo N° 4248, a partir del primero de abril del corriente ..." (art. 1°; fs. 6).

Resulta importante señalar aquí que el acto administrativo citado en el párrafo precedente no hizo otra cosa que "instrumentar" adecuadamente una situación que ya se había consumado, esto es que a partir del 1° de abril de 1997 al asumir como Vocal Titular en el Consejo de Administración del Instituto de Servicios Sociales de la Provincia, automáticamente el Dr. GONZALEZ RODRIGUEZ deja de prestar servicios en el Hospital Regional Ushuaia, y como obvia consecuencia de ello deja acéfala la Jefatura del Servicio de Traumatología del citado nosocomio.

Finalmente, invocando un dictamen de la Asesoría Letrada de la Provincia, el N° 2331/97, el día 15 de octubre del corriente año se dicta la Disposición de la Dirección General de Recursos Humanos N° 2824 mediante la cual se dispone "... EFECTUAR el cargo de la Jefatura de Servicio Ortopedia y Traumatología al agente GONZALEZ RODRIGUEZ, Francisco, legajo n° 4248 por los meses de Abril a Agosto/97 inclusive ...", ello teniendo en cuenta que no obstante haber cesado en dicho cargo a partir del 1° de abril de 1997, el mencionado



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina
FISCALIA DE ESTADO

ES COPIA DEL ORIGINAL
Daniel Alejandro León
DANIEL ALEJANDRO LEÓN
PRO SECRETARIO
FISCALIA DE ESTADO

agente había continuado percibiendo el adicional respectivo.

Tal como ya indicara al inicio del presente dictamen, el Dr. GONZALEZ RODRIGUEZ persigue que, previo control de legalidad, se ordene a las autoridades emisoras de la Resolución M.S. y A.S. N° 1063/97 y la Disposición D.G.R.H. N° 2824/97 la revocación de dichos actos administrativos.

Sin perjuicio de aclarar que no es atribución de este organismo de control "ordenar", esto es con carácter imperativo, la revocación de los actos que no considere ajustados a la normativa vigente, adelanto aquí mi opinión disidente con los cuestionamientos a la Resolución citada precedentemente, como así también mi disidencia con lo dispuesto por la Disposición D.G.R.H. N° 2824/97 pero por razones distintas a las invocadas por el denunciante.

Con relación a la Resolución M.S. y A.S. N° 1.063/97 ya he adelantado precedentemente que la misma se limitó a "instrumentar" una situación que existía a partir del 1° de abril de 1.997.

En efecto, a partir de dicha fecha y de acuerdo a lo establecido en el decreto N° 787/97, el agente GONZALEZ RODRIGUEZ asume como Vocal Titular del Consejo de Administración del Instituto de Servicios Sociales de la Provincia, dejando de prestar consecuentemente sus servicios en el Hospital Regional de Ushuaia, y obviamente dejando acéfala la Jefatura del Servicio de Ortopedia y Traumatología.

Por tal razón, concomitantemente con la finalización del ejercicio de la función de Jefe del Servicio antes citado, automáticamente cesó el derecho del agente GONZALEZ RODRIGUEZ a percibir el adicional "función jerárquica", ello así de acuerdo a lo prescripto por la norma que determina las condiciones para tener derecho al mismo y que el denunciante no puede desconocer.

En tal sentido entiendo oportuno transcribir lo establecido por el decreto N° 730 de fecha 26 de abril de 1.995 en su parte pertinente:

"... FUNCION JERARQUICA

a) Comprende este sistema a aquellos agentes que **ocupan** los cargos de conducción que se especifican en el inciso b) **y solo mientras dure la permanencia en el mismo ...**" (el subrayado es del suscripto).

Esto es que no puede haber duda alguna en cuanto a que el derecho al adicional "función jerárquica" está estrictamente vinculado al efectivo ejercicio de la función, en este caso la Jefatura del Servicio de Ortopedia y Traumatología. Habiendo cesado el agente en dicho efectivo ejercicio,

automáticamente cesa su derecho a percibir el citado adicional.

En cuanto a la interpretación que el denunciante realiza con relación al artículo 6 de la ley territorial N° 442, disiento con la misma, al tiempo que comparto y en mérito a la brevedad hago propias las expresiones que en el dictamen A.L.P. N° 2.340/97 vertiera el Asesor Letrado de la Provincia.

Asimismo, no puedo dejar de puntualizar que el cese en la función de Jefe del Servicio de Ortopedia y Traumatología del agente GONZALEZ RODRIGUEZ no ha sido producto de una medida adoptada por las autoridades del Ministerio respectivo, sino que por el contrario ha sido la consecuencia natural de la libre y por lo tanto voluntaria decisión de dicho agente de postularse y una vez electo asumir como Vocal del Consejo de Administración del Instituto de Servicios Sociales de la Provincia, razón por la cual resulta notoriamente improcedente haber planteado en algún momento una supuesta separación "... sin sumario previo que se funde en causa legal y sin garantizarse el derecho de defensa ...".

Es evidente que el cese del agente GONZALEZ RODRIGUEZ en su función de Jefe del Servicio de Ortopedia y Traumatología es resultado de su libre elección, razón por la cual, si dicha decisión le ha ocasionado un deterioro en sus ingresos, ello no es una cuestión que incumba a la Administración sino exclusivamente al mismo.

Por último, tampoco asiste razón al denunciante cuando sostiene que se vería lesionado el derecho de propiedad, en tanto la percepción del adicional Función Jerárquica con posterioridad a que el mismo dejara de prestar servicios en el Hospital Regional Ushuaia y de ejercer efectivamente la Jefatura del Servicio de Ortopedia y Traumatología, debe imputarse a un error de la Administración, al no existir causa para dicho pago.

Al respecto el Superior Tribunal de Justicia ha expresado: "**... El hecho que, la Administración liquidara erróneamente el rubro en cuestión, no constituye causa legal que confiera derecho alguno a continuar percibiendo la suma que supere la remuneración que estricta y legalmente corresponde. Desde la óptica administrativa, tal proceder, realizado en contraposición a las normas legales y reglamentarias, debe ser calificado como irregular, por lo que la Administración debió corregir el error, por cuanto su actuación se encuentra sujeta al principio de legalidad; significando ello su sometimiento o subordinación al "bloque jurídico", comprendiendo la condición de que debe actuar siempre con arreglo a derecho, incluido aquél que ella misma elabora ..."** (del voto del Juez Dr.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina
FISCALIA DE ESTADO

ES COPIA DEL ORIGINAL
DANIEL ALEJANDRO LEON
PRO SECRETARIO
FISCALIA DE ESTADO

HUTCHINSON en expte. N° 113/96 S.R.).

"... En cuanto al agravio de los actores respecto de la afectación de la garantía de la propiedad cabe señalar que la conducta precedente contraria a la ley, que en el caso lo constituyó el pago sin causa del suplemento remunerativo, carece de virtualidad para generar derecho a su reiteración, en tanto se estaría invocando – elípticamente – como fuente del derecho la costumbre en el pago y en su percepción ..." (del voto del Juez Dr. CARRANZA en el expte. Citado).

En cuanto a la otra cuestión, esto es el cargo que se dispusiera a través de la Disposición D.G.R.H. N° 2.824/97, ya he señalado anteriormente que no comparto dicho criterio, pero por razones distintas a las del denunciante.

En tal sentido debo señalar que considero improcedente el formular cargo al agente GONZALEZ RODRIGUEZ por lo percibido indebidamente entre los meses de abril a agosto del corriente año, ello en atención a que no observo mala fe en el accionar del mismo, sino simplemente el cobro de una suma que erróneamente le fue abonada.

Sobre el particular, el servicio jurídico permanente de la Gobernación ha afirmado: **"... Aquí debo sostener que en principio por lo percibido de Buena Fe no corresponde hacer cargo, y así lo ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación en el expediente N° 53.547/79 al decir: "... En lo que respecta al adicional ... percibido en exceso por el señor ... , entiendo que habiendo mediado en ello un error imputable a la Administración y no habiéndose puesto en duda la buena fe de aquél sobre el particular, resulta aplicable la doctrina reiteradamente sostenida por este Organismo asesor en el sentido de que, en situaciones en que razonablemente cabe concluir que ha mediado buena fe del agente, no corresponde requerir la restitución de sumas así percibidas y consumidas (Arg. Art. 1055 del Código Civil) – Cfr. Dictámenes 137:138, entre otros ..."**

Por ello en este punto asiste razón a la reclamante y opino que no cabe el cargo por las sumas ya abonadas ..." (Dictamen A.L.P. N° 0004/96).

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia ha expresado: **"... Ello, en modo alguno significa avalar que la Administración descuente per se las sumas percibidas hasta octubre pasado por ese concepto, desde que la propia Administración ha reconocido (fs. 16) que no corresponde requerir la restitución de las sumas percibidas y consumidas por haber mediado buena fe de los agentes (art. 1055 C.Civil) ..."** (Del voto

del Juez Dr. HUTCHINSON en expediente antes citado).

"... Anticipo que no resultan aplicables, sin más, en el ámbito de la relación de empleo público (respecto de sumas percibidas de buena fe por los agentes por error de la Administración, a cuya génesis fueron ajenos los empleados) las consecuencias que la ley civil confiere a este tipo de pagos, resultando correcta la interpretación del dictamen jurídico de la Asesoría Letrada y lo expresado por representantes de la accionada en cuanto a que no procede repetir el pago ..." (Del voto del Juez DR. CARRANZA en expediente antes citado).


En síntesis, considero improcedente el cargo dispuesto por la Disposición D.G.R.H. N° 2.824/97, en atención a no contar con elementos que permitan suponer la mala fe del agente GONZALEZ RODRIGUEZ ante el error de la Administración de abonarle sin causa el adicional Función Jerárquica.

Sin perjuicio de ello, y en atención que el pago al mencionado agente tal como ya fue expresado ha tenido origen en un error de la Administración que ha ocasionado un perjuicio patrimonial a la misma, es opinión del suscripto que deberá ordenarse la sustanciación del pertinente sumario administrativo que determine y deslinde responsabilidades, como así también poner los hechos en conocimiento del Tribunal de Cuentas de la Provincia en atención a la competencia que el mismo tiene atribuída.

A efectos de materializar las conclusiones a las que se ha arribado, deberá dictarse el pertinente acto administrativo, el que con copia autenticada del presente, corresponde sea notificado al Ministerio de Salud y Acción Social; a la Dirección General de Recursos Humanos; al Tribunal de Cuentas de la Provincia y al denunciante.-

DICTAMEN FISCALIA DE ESTADO N° 73/97.-

Ushuaia, 22 DIC 1997


DR. VIRGILIO J. MARTINEZ DE SUCRE
 FISCAL DE ESTADO
 Provincia de Tierra del Fuego,
 Antártida e Islas del Atlántico Sur