

En la ciudad de General San Martín, a los _25_ días del mes de septiembre de 2.012, se reúnen en acuerdo ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: A. M. Bezzi, J. Augusto Saulquin y Hugo J. Echarri, para dictar sentencia en la causa **Nº 3.164/12**, caratulada **"B., C. Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE VICENTE LOPEZ S/ PRETENSION RESTABLECIMIENTO O RECONOC. DE DERECHOS"**.

ANTECEDENTES

I.- A fs. 488/505 el señor Juez de grado falló rechazando la demanda interpuesta por el Dr. C. A. R., en representación de C. B., B. E. B., N. A. C., A. J., C. G. M., S. E. R., G. E. R., M. S. S., N. B. S., F. G. V., M. C. V., N. G. S., G. H. C., R. F. G., M. E. P., R. M. J. y M. E. S. A., contra la Municipalidad de Vicente López. Asimismo impuso las costas en el orden causado (art. 51 inc. 1º del CPCA) y difirió la regulación de honorarios profesionales (art. 51 del Decreto Ley Nº 8.904/77).

Para así decidir consideró, en lo sustancial, lo siguiente:

a) Que las partes mantienen posiciones encontradas respecto de los alcances de la Ley Nº 10.471 de Carrera Médico Hospitalaria, adoptada a nivel municipal para el personal de salud mediante la Ordenanza Nº 23.500, ya que mientras los accionantes sostienen que el régimen –con todos sus derechos y beneficios- es extensible a todos los profesionales dependientes de las áreas ejecutivas de Salud Pública y de Acción Social por realizar idénticas tareas, aunque no presten servicios en establecimientos asistenciales, el municipio demandado lo circunscribe a éstos últimos espacios, conducta que los peticionantes tildan de violatoria de los preceptos contenidos en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y concordantes de la Constitución Provincial.

b) Que el punto a dilucidar se centra en establecer si la denegatoria *-ficta* en el caso por haber operado silencio administrativo- del Municipio demandado a

la petición de los accionantes, profesionales que prestan servicios bajo la dependencia jerárquica de las actuales Secretaría de Salud Pública y Secretaría de Acción Social de Vicente López y que se encuentran encasillados en el régimen de la Ley N° 11.757, de ser encuadrados dentro del régimen de la Ley N° 10.471 de Carrera Médico Hospitalaria –equiparándolos retroactivamente en la situación laboral y salarial de éste último- constituye un acto discriminatorio que derive de un comportamiento ilegítimo, arbitrario y/o irrazonable de la comuna accionada, que a su vez dé lugar a un resarcimiento del agravio moral que alegan haber sufrido.

c) Lo dispuesto por los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 8, 19, 33 y 59 de la Ley N° 10.471.

d) Que para cumplir sus fines, la administración pública dicta actos que el ordenamiento jurídico somete, para su validez, al cumplimiento de ciertos y determinados requisitos legalmente establecidos y que, en consecuencia, gozan de dos características propias: presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. Ello significa que se consideran válidos desde sus orígenes y hasta tanto su nulidad no se haya declarado judicialmente. Expuso el Juez de grado que los actos emA.dos de la Administración Pública gozan, entonces, del carácter otorgado por el artículo 979 (incs. 2º y 5º) del Código Civil, son instrumentos públicos y hacen plena fe hasta que sean argüidos de falsos (art. 993 del Código Civil), conservando su presunción de legitimidad, calidad que consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales.

Explicó que cuando se configura, como en este caso, el silencio administrativo, la norma procesal (art. 16 de la Ley N° 12.008), atribuye a la inactividad formal administrativa un efecto equivalente a la denegación o resolución adversa del reclamo. Con esa ficción legal de acto contrario, aclaró el Juez de origen, sólo se persigue el evidente propósito de evitar dificultades al administrado para acceder a la jurisdicción (art. 18 de la C.N. y art. 15 de la Const. Pcial.) que podrían derivarse de la ausencia de una resolución administrativa expresa susceptible de impugnarse judicialmente. Expuso que dicha denegatoria

ficta también goza de presunción de legitimidad, aunque la jurisprudencia ha entendido que cuando se configura el silencio de la autoridad administrativa, la aplicabilidad de aquella presunción *iuris tantum* ha de restringirse, por cuanto tal obrar omisivo contraviene las normas y las garantías consagradas en la Constitución Provincial y en la Ord. Gral. N° 267/80, así como el derecho a una resolución fundada que cabe reconocer a todo interesado en el procedimiento administrativo (arts. 1 y 15 de la Constitución Provincial y art. 108 de la Ord. Gral. N° 267/80). Entendió que tal restricción en modo alguno importa aniquilar tal carácter y apartarse del principio general que le impone a quien controvierte la juridicidad de un acto administrativo, la carga de fundar la impugnación y acreditar los extremos fácticos en que se soporta su pretensión. Afirmó que en materia de carga probatoria, entonces, le incumbe a la parte actora la demostración de los hechos constitutivos aducidos en su líbello inicial. Que consecuentemente, como carga que es, la consecuencia de su incumplimiento es la de soportar la situación adversa respecto de la cual había sostenido sus afirmaciones no acreditadas.

e) Que la Ley N° 10.471 de Carrera Profesional Hospitalaria precisa su ámbito de aplicación material, las actividades profesionales comprendidas, sus requisitos de admisibilidad, su régimen escalafonario, los derechos, obligaciones y atribuciones del personal comprendido y ha sido adoptada en el ámbito del Municipio de Vicente López –por resorte de la facultad expresamente prevista en el art. 56- a través de la sanción de la Ordenanza N° 23.500.

f) Que es la propia norma la que circunscribe sus efectos jurídicos a un determinado grupo de individuos –art. 3-, que deben ingresar por un mecanismo particular –art. 5- a ocupar un escalafón concreto –art. 8- y que han de prestar sus servicios en un espacio físico específico –arts. 1 y 19. Observó que el precepto examinado se advierte claro y autosuficiente en cuanto a sus alcances; como así también que una correcta hermenéutica conduce a estar a lo que más naturalmente surge de la letra de la norma, de la que no cabe prescindir cuando es clara y precisa, por cuanto no corresponde ignorar los preceptos que en la cuestión litigiosa contiene la norma aplicable, pues lo contrario implicaría sustituir al legislador en una materia que es propia del ámbito de la política legislativa.

Señaló que la ley referida faculta a los Municipios de la Provincia de Buenos Aires a adherirse al régimen instaurado por dicha norma y a su reglamentación, disponiendo su aplicación al personal profesional y servicios correspondientes de su dependencia –art. 56 de la Ley N° 10.471. Aclaró el *a-quo* que tal decisión ha sido adoptada por la comuna accionada mediante la sanción de la Ordenanza N° 23.500, en uso de las atribuciones inherentes contempladas en el artículo 192 (inc. 6°) de la Constitución Provincial.

g) Que la relación de empleo público es de naturaleza estatutaria y, por lo tanto, se regula por actos unilaterales provenientes de la Administración Pública, siendo la organización de sus dependencias una facultad privativa y discR.nal del Departamento Ejecutivo. Adujo que las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Y que las facultades del órgano serán en cambio discR.nales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley —en sentido lato: Constitución, ley, reglamento— y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.

Entendió que, en el caso, ha operado un doble ejercicio discrecional por parte del municipio accionado: el primero, al adoptar localmente el régimen de la Ley Nº 10.471; el segundo, al no introducir modificaciones en su reglamentación que hayan permitido satisfacer anticipada, ni posteriormente, las pretensiones de los aquí coactores. Entendió que dicha prerrogativa se vio reforzada si se tiene en cuenta que el Municipio goza de autodeterminación para reglar los propios asuntos locales (art. 190 de la Constitución Provincial) y lo hace, también, al amparo del pacto constituyente reformador nacional que imprimió al poder local la condición de autónomo (art. 123, C.N.), circunstancia que colabora en rebatir el argumento de trato discriminatorio ejemplificado con la equiparación de regímenes efectuada por la comuna de San Isidro y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ver fs. 106).

Mencionó que si bien el órgano jurisdiccional se encuentra investido de la potestad de revisar los actos emanados de la Administración, dicho control encuentra su límite en el juicio de conveniencia o mérito, debiendo entenderse el mismo como la potestad de apreciar, libremente o con sujeción a ciertas pautas del ordenamiento positivo, la oportunidad de dictar un acto administrativo.

h) Que son los propios coactores quienes reconocen en todo momento que son profesionales encuadrados bajo el régimen de empleo público establecido por la Ley Nº 11.757 (ver fs. 104 vta.), que se desempeñan en las áreas ejecutivas de la Secretaría de Salud y de la Secretaría de Acción Social y que no cumplen sus tareas en establecimientos asistenciales (ver fs. 104 y 106 vta., entre otras).

Asimismo, indicó que las circunstancias apuntadas han de tenerse por acreditadas, además, a partir de lo que surge de la prueba documental ofrecida (ver fs. 138/240 –expedientes administrativos-); de los testimonios brindados a fs. 372, 401/404 y 406/409; del dictamen pericial de fs. 421/427 y de las explicaciones formuladas a fs. 444/445 por la experta designada.

Careciendo los peticionantes de algunos de los requisitos normativos fijados por la Ley Nº 10.471 para su aplicación, entendió que correspondía desestimar su pretensión.

i) Que haciendo referencia a la alegada violación del derecho de *“igual remuneración por igual tarea”* consagrado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional (ver fs. 107 vta.), que encuentra su reflejo en el artículo 39 inc. 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el Máximo Tribunal Provincial ha dejado en claro que dichos derechos no son de carácter absoluto, sino que establecen un principio general, sujetos a una razonable reglamentación, papel que desempeñan, en este caso, las Leyes N° 10.471 y N° 11.757 en sus respectivos ámbitos de aplicación. Explicó que la garantía de igualdad *“no debe ser entendida como absoluta, y no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias”* y, en sentido inverso, que *“la igualdad ante la ley no impide que se contemplen de modo distinto situaciones que el legislador haya considerado diferentes, en tanto ello no implique discriminación arbitraria, propósito de hostilidad o injusto privilegio”*.

Expresó que la diferenciación normativa en materia de empleo público establecida por las Leyes N° 10.471 y N° 11.757, en cuanto a los derechos, obligaciones y beneficios que se les conceden a aquellos que se encuentran bajo su amparo, no quebranta por sí misma los derechos y garantías del artículo 14 bis de la Constitución Nacional ni el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Carta Magna, al no existir un trato discriminatorio sino desigualdad que obedece a situaciones objetivamente desiguales. Efectivamente, explicó que sin perjuicio de que en el caso de los coactores profesionales, algunos de ellos de la salud, el ejercicio de sus incumbencias esté contenida en los mismos parámetros que los profesionales que prestan funciones en los hospitales, lo que distingue y diferencia la actividad es el marco legislativo del desarrollo de los mismos, efectuado en esos establecimientos.

j) Que en cuanto a la invocada Ley N° 14.061 (ver fs. 287/289), aplicable únicamente al personal de la administración pública provincial que reviste bajo el régimen de la Ley N° 10.430 por cuanto surge de su propio texto, resultaba oportuno señalar que dicha norma se enmarca en un conjunto de normas específicas y excepcionales sancionadas por el Congreso Provincial en

determinado momento –verbigracia la Ley Nº 11.139- y que permitieron soslayar algunos de los requisitos exigidos para el ingreso a la Carrera Profesional Hospitalaria prevista en la Ley Nº 10.471, las que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha tenido oportunidad de A.lizar y ha establecido que *“la facultad otorgada por la mencionada ley es ya en sí misma y así concebida una atribución de carácter excepcional enmarcada en una finalidad transitoria; una autorización legal que permitió dejar de lado “por única vez” los requisitos establecidos para el ingreso a la carrera médico hospitalaria. Como tal, no corresponde extender su aplicación por vía de hermenéutica incluyendo en sus previsiones a profesionales de la salud que carezcan de alguno de los requisitos exigidos por la norma pues la autorización excepcional lejos de una aplicación extensiva no puede sino merecer una interpretación restrictiva”*, motivo por el que su aporte como medio probatorio se diluye notoriamente.

k) Que descartado el actuar arbitrario por parte del Municipio demandado, las circunstancias hasta aquí apuntadas llevan al convencimiento de que la conducta desplegada por aquella ha sido legítima, es decir, conforme a derecho y sin apartarse del cumplimiento de la ley vigente en la materia, por cuanto ha de enmarcarse dentro de la denominada *“zona de reserva de la Administración”*.

II.- A fs. 510/514, contra dicho pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso de apelación, agraviándose por lo siguiente:

a) Por considerar excesiva la trascendencia que se adjudica a la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Indicó que es una presunción *“iuris tantum”* que admite ser cuestionada por prueba en contrario que demuestre el error de la administración en la elección de una categoría de trabajo diferenciada, vulnerando innecesariamente la constitucional garantía de la igualdad.

Señaló, por su parte, que no se advierte que el criterio lógico para diferenciar a los trabajadores deba ser por el lugar donde presten sus servicios y no por el alcance y contenido de sus propias profesiones.

Además, expuso que la presunción de legitimidad del acto administrativo pierde aún más certeza cuando el acto no ha sido expreso, sino producto del silencio de la administración.

b) Por cuanto se dijo en el fallo que la imposibilidad de que los actores sean regidos por la Ley de Carrera Médico-Hospitalaria, deviene de la circunstancia de no pertenecer a la Secretaría de Salud. Advirtió que ello fue una maniobra perpetrada por la Comuna oponente, denunciada en oportunidad de responder la contestación de demanda, consistente en desdoblar esa Secretaría en dos áreas: una de Salud y otra de Asistencia Social.

c) Por entender que no se consideró la discriminación que implica mantener a los actores en el régimen de la Ley N° 11.757, diferenciándolos de aquellos agentes que, cumpliendo la misma labor, han sido encuadrados en la normativa de la Ley N° 10.471.

Afirmó que la circunstancia planteada resulta violatoria del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que establece el principio de *“igual remuneración por igual tarea”*. Igualdad probada – a su entender – no solo mediante los testimonios de los funcionarios que declararon de oficio, sino con la pericia contable de fs. 422.

d) Porque el magistrado alegó –según expuso el apelante- que la decisión de incorporar a los actores al régimen de la Ley de Carrera Médico Hospitalaria es una facultad discrecional del Municipio que no puede ser revisada por la jurisdicción.

III.- A fs. 515 el Juez *a-quo* corrió traslado del recurso a la contraria, quien respondió a fs. 516/518.

Expuso la accionada que los actores no aportaron prueba en contra de la legitimidad del acto administrativo. Señaló que, en cambio, se acreditó debidamente que los accionantes tienen una categoría diferenciada de los que se encuentran incluidos en la Ley N° 10.471.

Por su parte, que no es cierto que se los haya decidido excluir arbitrariamente del régimen de los profesionales de la salud.

Indicó que la propia Ley Nº 10.471 es la que determina el ámbito de aplicación.

Afirmó que no existe la aludida discriminación y que no se encuentran probados los extremos de “igual remuneración por igual tarea”.

Solicitó que se tengan por contestados los agravios y se confirme en todos sus términos la sentencia de primera instancia.

IV.- A fs. 522vta. fueron recibidas las actuaciones por este Tribunal y, a fs. 526/526vta., se efectuó el examen de admisibilidad del recurso, concediéndose con efecto suspensivo y llamándose los autos para sentencia.

El Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada la Señora Jueza A. M. Bezzi dijo:

1) Relatados los antecedentes del *sub examine*, expuestos los fundamentos y la parte resolutoria de la sentencia puesta en crisis, mencionados los agravios y las respuestas pertinentes y efectuado el examen de admisibilidad, procedo a A.lizar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) A tal fin, en primer lugar, reseñaré las constancias relevantes de la causa, a saber:

a) A fs. 262 obra copia del Decreto Nº 3651/2.009. Por el mismo se eliminó de la estructura orgánico-funcional de la Comuna la Secretaría de Salud y Acción Social, a partir del 1º de septiembre de 2.009. Asimismo se crearon, a partir de idéntica fecha, la Secretaría de Salud Pública y la Secretaría de Acción Social.

b) A fs. 352 obra respuesta al oficio remitido al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Por el mismo se comunicó lo previsto por los arts. 1, 34 y 56 de la Ley Nº 10.471.

c) A fs. 360 obra respuesta al oficio dirigido al Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires, Distrito XV. Por la misma, se hizo saber que conforme lo previsto por el art. 56 de la Ley Nº 10.471, las Municipalidades pueden adherirse a dicho régimen, en cuyo caso, a los profesionales de la salud

se les aplica el aludido plexo normativo. Sin perjuicio de ello, se aclaró que –sin desconocer las atribuciones que la Constitución Provincial confiere a los Municipios en sus arts. 190 y 192-, no es menos cierto que los arts. 16 y 14 bis de la Constitución Nacional establecen los principios de igualdad y de igual remuneración por igual tarea.

d) A fs. 373/373 obra declaración testimonial prestada por la señora M. del C. F., Directora General de Coordinación de Personal del Municipio accionado desde el 1 de noviembre de 2.009. Expuso que *“La Carrera médico hospitalaria se encuentra determinada para profesionales que prestan sus servicios en establecimientos asistenciales. Ello se encuentra determinado por ley provincial... Existen profesionales que, al no desarrollar su tarea en el ámbito de los establecimientos asistenciales, tal como lo prevé la propia ley no se encuentran enmarcados en la Carrera Médico Hospitalaria. Pero, insisto, esta determinación e inclusión de distintos profesionales la prescribe la propia ley provincial N° 10471...Por otro lado, no todos los médicos dependientes del Municipio de Vicente López, se encuentran designados en la Carrera Médico Hospitalaria, ya que, existen médicos que, al no desarrollar sus tareas en ámbitos asistenciales se encuentran abarcados por la Ley 11.757. Por lo expuesto, la Dirección General de Personal, no puede aplicar un criterio distinto a lo que la propia ley prevé”*.

e) A fs. 401/404 obra declaración testimonial prestada por la señora M. C. M., Secretaria de Acción Social desde el 11 de diciembre de 2.003 y Secretaria de Salud y Acción Social durante el período del 11 de diciembre de 2.007 y hasta el 30 de agosto de 2.009. Señaló las funciones de los actores y aclaró que las mismas *“...pertenecen exclusivamente al ámbito profesional en el que se desempeñan y para el que los habilita la calidad de título que han alcanzado...Las Secretarías se separaron el 1º de septiembre de 2.009. Los motivos competen a decisiones del titular del ejecutivo municipal... Los actores a la fecha del comienzo del litigio pertenecían a la Secretaría de Salud y Acción Social...Los profesionales que se desempeñan en la Secretaría de Acción Social están comprendidos en la Ley 11757, y los encasillados en la carrera médico hospitalaria en la 10471...”*.

f) A fs. 405/409 obra declaración testimonial prestada por la Licenciada M. P., Directora de Acción Comunitaria de la Municipalidad de Vicente López. Declaró que *“...El personal de la Dirección de Acción Comunitaria se encuentra encasillado en la Ley 11757 que normatiza el régimen laboral...”*.

g) A fs. 421/427 vta. obra dictamen presentado por la perito contadora. Del mismo se desprende lo siguiente: *“...puedo informar que dichas labores son similares a las que desempeñan los agentes de igual grado encuadrados en dicha ley, no pudiendo afirmar que son idénticas...”*.

h) A fs. 444/446 obran las explicaciones prestadas por el perito contador. Aclaró lo siguiente: *“...en mi opinión las tareas son iguales, aunque no las desarrollen en centros de salud, que es lo que indica el art. 1 de la Ley 10.471...si la Municipalidad de Vicente López, no incluye a los actores, de manera arbitraria en la Ley 10.471, estaría violando, por un lado las leyes de discriminación, y por otro la Constitución Nacional, que en su art. 14 bis...”*.

3) En segundo orden, y teniendo en cuenta la reseña precedente, encuentro conducente establecer la normativa aplicable al caso, esto es la Ordenanza N° 23.500 del 28 de mayo de 2.007, promulgada por Decreto N° 1.789 del mismo día, y los arts. 1, 3, 5, 8, 19 y 56 de la Ley N° 10.471.

Así, el artículo 1° de la Ordenanza N° 23.500 reza: *“Adhiérase al “Régimen para la Carrera Profesional Hospitalaria” prevista por la Ley Provincial N° 10.471 y sus modificatorias”*. Énfasis añadido

En cuanto a la ley 10471, el artículo 1 dice: *“Establécese la Carrera Profesional Hospitalaria para los profesionales que prestan servicios en los establecimientos asistenciales correspondientes al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires”*. Énfasis añadido.

Por su parte, el art. 3° dispone: *“La Carrera establecida por la presente ley, abarcará las actividades profesionales de: médicos, odontólogos, químicos, bioquímicos, bacteriológicos, farmacéuticos, psicólogos, obstetras, kinesiólogos, nutricionistas, dietistas, fonoaudiólogos, terapistas ocupacionales, psicopedagogos, y asistentes sociales ó equivalentes con títulos universitarios. Quedan comprendidos también los fonoaudiólogos con títulos de nivel terciario no*

universitario, expedidos por Institutos Superiores dependientes de la Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires y los Asistentes Sociales, trabajadores sociales, licenciados en Servicios Social ó equivalentes con título de nivel terciario no universitario. Queda facultado el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Salud, para incluir otras actividades profesionales con título universitario, cuyo concurso se estime indispensable para ejecutar las acciones correspondientes a las funciones sanitarias de la presente Carrera”.

A su vez, el art. 5 contempla: “El ingreso al régimen escalafonado de la Carrera se hará siempre por el nivel inferior. El acceso será mediante un concurso abierto de méritos, antecedentes y evaluación”.

Asimismo, el art. 8 expresa: “El personal incorporado al régimen escalafonario tendrá un escalafón horizontal de cargos que constan de los siguientes grados: Asistente, Agregado, de Hospital C, de Hospital B, de Hospital A, Asistente Técnico de Administración Hospitalaria. El grado de Asistente se adquiere al ingreso. Cada cinco (5) años y en forma automática los profesionales escalafonados serán encasillados en los grados superiores descriptos en este artículo, hasta el del Hospital A inclusive. A los profesionales que ingresen al escalafón se les computará la antigüedad concerniente a esta ley, para su encasillamiento en el grado escalafonario que corresponda. Será requisito indispensable de admisibilidad para el cargo de Asistente Técnico de Administración Hospitalaria el haber efectuado cursos de Salud Pública o Administración Hospitalaria con no menos de quinientas (500) horas dictadas por organismos docentes reconocidos y acreditar como mínimo cinco (5) años de ejercicio profesional. Asimismo el personal tendrá un escalafón vertical denominado funciones con jerarquía creciente cuya denominación es la siguiente:

- 1. Jefe de Unidad de Diagnóstico y Tratamiento. 2. Jefe de Unidad de Internación o de Consulta. 3. Jefe de Unidad Sanitaria. 4. Jefe de Sala o Subjefe de Servicio. 5. Jefe de Guardia. 6. Jefe de Servicio. 7. Director Asociado. 8. Director. Las funciones de Director Asociado y de Director serán desempeñadas por profesionales universitarios de la Salud, que serán designados sin concurso. Asimismo, las personas que desempeñen tales funciones carecerán de estabilidad*

y el Poder Ejecutivo queda facultado para reglamentar los requisitos y condiciones para el acceso a las mismas”.

El art. 19 establece: *“Las funciones enunciadas en el artículo 8 de la presente ley serán desarrolladas en los Establecimientos Sanitarios, ya sean generales o especializados -conforme a la estructura que posean- de acuerdo a su nivel de complejidad que posibilite su clasificación, según las siguientes pautas: Unidad Sanitaria, Establecimiento Perfil A, Establecimiento Perfil B, Establecimiento Perfil C y Establecimiento Perfil D”.* El subrayado es propio.

Finalizando, el artículo 56 indica: *“Los Municipios de la Provincia podrán adherirse al régimen de la presente ley y a su reglamentación disponiendo su aplicación al personal profesional y servicios correspondientes de su dependencia, conforme a la clasificación que a tal efecto efectúe el Ministerio de Salud”.* El subrayado me pertenece.

4) Sentado ello, cabe señalar que resulta un requisito determinante la prestación de servicios dentro de un establecimiento sanitario/asistencial (cfm. Ordenanza 23.500 y arts. 1 y 19 de la Ley Nº 10.471).

Por su lado que, como se ha visto en los párrafos precedentes, la Ordenanza Nº 23.500 constituye un régimen especial en relación al resto de los agentes públicos municipales regulados por la Ley Nº 11.757, no pudiendo aplicarse sus privilegios a supuestos que no han sido contemplados, a riesgo de incurrir en una creación *ex nihilo* de la norma legal.

Descarto que esta interpretación contravenga el criterio que fluye del art. 39 inc. 3º de la Constitución de la Provincia, toda vez que, conforme lo ha decidido por la Suprema Corte, su aplicación exige que el marco normativo consienta dos o más interpretaciones posibles, en cuyo caso, recién ha de prevalecer aquélla que mejor favorezca el reconocimiento del derecho que se pretende (conf. doct. causas B. 54.789, “Levitán”, res. del 21 de noviembre de 1.995 y posteriores; B. 59.560, “Bonessi de Chiorazzi”, sentencia del 15 de marzo de 2.006).

El propósito de los actores sólo puede cumplirse al pR. del apartamiento del texto expreso de la ley, lo que ocurriría si se desconociese –como los accionantes pretenden- el conjunto de agentes que la ordenanza regula, de

acuerdo al expreso requisito de que se encuentren prestando funciones en un establecimiento sanitario.

En el mismo sentido, cabe agregar que en la interpretación de las normas no debe prescindirse de las palabras de la ley, recurriendo a ellas para encontrar la solución del caso concreto, según las realidades que informa el texto legislativo (conf. doct. causas "Acuerdos y Sentencias", sentencia del 10 de abril de 1.990; B. 53.190, "Urretavizcaya", sentencia del 6 de abril de 1.993; B. 62.418, "San Román", sentencia del 13 de mayo de 2.009; entre muchas otras; y esta Cámara *in re*: causa N° 3.193/12, caratulada "Lamatina, Daniel Oscar c/ Caja de Jub., Sub. y Pens. del personal del Bco. de la Prov. de Bs. As. s/ Pretensión Anulatoria", sentencia del 10 de septiembre de 2.012, entre otras).

5) Los actores del caso no han demostrado cumplir los requisitos establecidos para ser incluidos en la normativa.

Tan es así, que manifiestan expresamente en la demanda (fs. 106 vta., punto V) lo siguiente: *"Si bien los actores no cumplen puntualmente su función profesional al servicio de la Comuna en centros de salud municipales propiamente dichos..."*).

Esta Cámara ha señalado que quien tiene la carga de probar los extremos de su demanda es el actor (art. 375 del CPCC) y, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés (cfr. Ac. 45.068, sentencia del 13 de agosto de 1.991 en "Acuerdos y Sentencias", 1.991-II-774, entre otros y esta Cámara *in re*: Causas N° 1.442, "Larrocca, M. del C. c/ Pascual Folino Propiedades y Munic. de San Fernando s/ daños y perjuicios", sentencia del 30 de diciembre de 2.008; N° 2.235/10, "Plesko, HE. c/ Municipalidad de San Fernando s/ pretensión indemnizatoria", sentencia del 11 de noviembre de 2.010; N° 2.443/10, "Longhi, N. B. c/ Municipalidad de San Fernando y ot. s/ daños y perjuicios", sentencia del 21 de junio de 2.011 y N° 2.966, caratulada "Neo Producciones S.A. c/ Municipalidad de Tigre s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 10 de abril de 2.012, entre otras), lo que apR., en síntesis, acontece en el presente.

Además, que el dilema de la carga de la prueba se presenta al Juez en oportunidad de pronunciar sentencia, cuando la prueba es insuficiente e incompleta a consecuencia de la frustración de la actividad procesal de las partes (...). Tratándose de una cuestión de hecho, si se ha producido prueba en el juicio, el Juez la evaluará de conformidad con los principios generales. De existir insuficiencia o ausencia de prueba respecto de los hechos esenciales y contradictorios de la causa, apelará a los principios que ordenan la carga de la prueba. (...) El Juez, aún así, debe llegar a toda costa a una certeza oficial; porque lo que decide un pleito es la prueba y no las simples manifestaciones unilaterales de las partes, no se atiende tanto al carácter de actor o demandado, sino a la naturaleza y categoría de los hechos según sea la función que desempeñen respecto de la pretensión o de la defensa. Normalmente, los primeros serán de responsabilidad del actor, y los segundos, a cargo del accionado. En síntesis, si la actora, en su caso no prueba los hechos que forman el presupuesto de su derecho, pierde el pleito (esta Cámara *in re*: Causas Nº 1.442, "Larrocca, M. del C. c/ Pascual Folino Propiedades y Munic. de San Fernando s/ daños y perjuicios", sentencia del 30 de diciembre de 2.008; Nº 1.992/10, "Guevara, N. Haidee c/ Nielsen AdriA. L. y O. s/ daños y perjuicios", sentencia del 17 de junio de 2.010; Nº 1.779/09, "Mangiarotti, Hugo A. y otra c/ Municipalidad de San Isidro s/ daños y perjuicios", sentencia del 23 de marzo de 2.010; Nº 2.102/10, "Koretzky, Martín Horacio c/ Municipalidad de San Isidro s/ pretensión indemnizatoria", sentencia del 23 de agosto de 2.010; Nº 2.443/10, "Longhi, N. B. c/ Municipalidad de San Fernando y ot. s/ daños y perjuicios", sentencia del 21 de junio de 2.011 y Nº 2.966, "Neo Producciones S.A. c/ Municipalidad de Tigre s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 10 de abril de 2.012, entre otras).

Y que, por natural derivación del principio de adquisición procesal, al Juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados. Contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que,

debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos (art. 375 del Código Procesal).

6) Bajo los parámetros señalados, no se ha demostrado que la administración haya actuado ilegítimamente, al no incluir a los actores en el régimen de la Ley N° 10.471, que establece como requisito la prestación de servicios en establecimientos asistenciales/sanitarios (arts. 1 y 19 de la Ley N° 10.471).

Cabe apuntar que la administración debe actuar conforme a la Ley. Al respecto, el más alto Tribunal Provincial ha establecido que *“Toda repartición estatal debe obrar en cumplimiento del principio de legalidad objetiva. La sujeción de la Administración a este postulado determina que la actuación estatal debe encontrarse acorde a normas atributivas de competencia, con sustento en las cuales han de dictarse los actos pertinentes”* (SCBA, B 66.232, sentencia del 18 de mayo de 2.011, Juez De Lázzari (SD), “Capparelli, Aldo A. c/ Provincia de Buenos Aires (Instituto de la Vivienda) s/ Demanda contencioso administrativa”).

A mayor abundamiento, vista -en el caso- la sujeción de la Administración a los términos de la Ordenanza N° 23.500 y de la Ley N° 10.471, comprendo que no es éste el ámbito para obtener una modificación de la regulación fijada por tal normativa, sino aquel relativo a los respectivos cuerpos deliberativos (Legislaturas Municipal y Provincial). Lo ponderado, en tanto la regulación del vínculo entre los estados locales y sus empleados integra la esfera propia de competencia de aquéllos (cfm. arts. 121 y ss., Const. Nac; 192, Const. prov. Y criterio SCBA, B 60219 S 9-12-2009, “Galván, C. H. c/ Municipalidad de Quilmes s/ Demanda contencioso administrativa”, entre otros).

7) Concluyendo, concuerdo con el juez *a quo* en cuanto a que – en la especie – no se demostró la afectación del principio de igualdad (art. 16 CN).

Ello así, pues los actores no se desempeñan en establecimientos asistenciales/ sanitarios, situación que los diferencia de los profesionales regidos por la Ordenanza N° 23.500 y la Ley N° 10.471).

Lo expuesto, sin que resulte determinante la opinión del perito contador pues no corresponde a su especialidad la interpretación del art. 16 de la Constitución Nacional.

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que *“El principio o la garantía de igualdad ante la ley no supone una igualdad aritmética o absoluta, sino una igualdad de tratamiento frente a la igualdad de situaciones o circunstancias, de allí que se haya dicho muchas veces que no es un principio absoluto”* (SCBA, B 61.267, sentencia del 2 de julio de 2.008, Juez Kogan (SD), “Lunazzi, Tomás Ricardo y otros c/ Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación) s/ Demanda contencioso administrativa”).

Asimismo, que *“El principio o garantía de igualdad ante la ley impone un trato igual a quienes se hallan en iguales circunstancias y, por tanto, no es un principio absoluto, por lo que el legislador tiene plenas facultades para crear categorías y efectuar distinciones en la medida que ellas resulten razonables y no obedezcan a propósitos hostiles o persecutorios”* (SCBA, C 102.578, sentencia del 25 de agosto de 2.010, Juez De Lázzari (SD), “Bobbio de Niemela, Lidia Ester c/ Clovis International Corp. Sucursal Argentina s/ Juicio ejecutivo hipotecario”).

Finalmente, que *“Lo trascendente en cada caso suscitado por el vicio de desigualdad es no sólo comprobar la existencia de un trato distinto, pues si bien ello es necesario no es suficiente para concluir que el principio ha sido vulnerado”* (SCBA, I 3.632, sentencia del 29 de febrero de 2.012, Juez Hitters (SD), “Federación de Educadores Bonaerenses Domingo Faustino Sarmiento (F.E.B.) c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 13.106”).

En consecuencia, se observa que lo que pretenden regular la Ordenanza N° 25.300 y la Ley N° 10.471 es la Carrera Hospitalaria y que, los actores, no acreditaron cumplir los requisitos para ser incluidos en la normativa.

8) A la luz de todo lo dicho, y pese al gran esfuerzo argumentativo realizado por el apelante, entiendo que la falta de acreditación de los extremos imprescindibles para hacer lugar al reclamo determina el rechazo del recurso. Ello, resultando inoficioso pronunciarme en relación al resto de los agravios esgrimidos.

Por lo hasta aquí expuesto, propongo: **1)** rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia apelada –por los fundamentos expuestos- en cuanto ha sido materia de agravio; **2)** imponer las costas de esta segunda instancia en el orden causado (art. 51 del CPCA, Ley N° 12008, texto según Ley N° 13.101); y **3)** diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (conforme art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77).

ASÍ VOTO.

Los señores Jueces J. Augusto Saulquin y Hugo J. Echarri adhieren, por idénticas consideraciones, al voto que antecede, con lo que se dio por concluido el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:** **1º)** rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia apelada –por los fundamentos expuestos- en cuanto ha sido materia de agravio; **2º)** imponer las costas de esta segunda instancia en el orden causado (art. 51 del CPCA, Ley N° 12008, texto según Ley N° 13.101); y **3º)** diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (conforme art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77). Regístrese. Notifíquese. Oportunamente, devuélvase.

HUGO J. ECHARRI

A. MARIA BEZZI

siguen///
///las firmas

J. AUGUSTO SAULQUIN

ANTE MÍ

A. CLARA GONZALEZ MORAS

Secretaria

Cámara de Apelación en lo contencioso Administrativo – San Martín
Registro de Sentencias Definitivas N°..... F°