DICTAMEN N° 462
REF.: E2-2020-145-E s/ Recurso Jerárquico contra decreto Nº 1073/2020 - Andrea Carina Lew.

DE: ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO
DR. JORGE PABLO ALEGRE

A: SUBSECRETARIA LEGAL Y TECNICA
ESCR. CRISTIAN MOTTER

De mi consideración:

Ingresan a consulta de este órgano asesor, las presentes actuaciones, a fin de emitir opinión sobre el Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. Andrea Carina Lew DNI Nº 20.412.947 contra el Decreto Provincial Nº 1073/2020, por el cual se dispuso la sanción expulsiva de cesantía a partir del 07/09/2020, la fecha del instrumento legal.

I.- ANTECEDENTES E INFORMES

1. Se instruyeron actuaciones sumariales E6-2018-9363-E caratuladas: "Mansilla, Marcela Analía S/ Elev. Denuncia Policial S/Hechos Ocurridos en Deposito de Ruta 16 Km 23 y Medio S/ Sustracción de Elementos Nota 918", por el robo de aproximadamente 212.482 kilos de Leche que correspondía al Plan Materno Infantil de la provincia del Chaco durante el período comprendido desde el 17/11/2017 y hasta el día 07 de Septiembre del año 2018 y 4 heladeras del depósito ubicado en Ruta 16 km 22,5, contratado de modo irregular; donde se determinó la existencia de responsabilidades administrativa de las agentes Marcela Analía Mansilla, María de los Ángeles Acuña, Miriam Ana Torresi y Andrea Karina Lew debido a que no efectuaron el debido control de las tareas encomendadas y del personal a su cargo, negligencia que habría permitido la comisión del ilícito investigado administrativa y penalmente.

2. Durante el periodo de los hechos investigados, la Sra. Andrea Carina Lew se encontraba A/C de la Dirección de Materno Infantil conforme Resolución N° 46 de fecha 14/12/2017, dependiente de la Subsecretaria de Promoción de la Salud, amparada por el régimen dispuesto por la Ley 293-A

COPIA DIGITAL

para agentes con nivel de director, que le imponía responsabilidades de control, conforme lo dispuesto por el artículo 9 inciso b): "Responder de la perfecta ejecución de las tareas que le sean confiadas, en virtud de la autoridad que le otorgue su jerarquía", como asimismo la obligación de "Cuidar los bienes del Estado velando por la economía del material y por la conservación de los elementos que le fueron confiados a su custodia y utilización" (artículo 9 inciso e) que nos remite al artículo 21 inc. 6) de la Ley 292-A).

3. Cabe tener presente que, por dicho expediente, la Directora de Sumarios administrativos, propuso para la Sra. Andrea Carina Lew, la sanción correctiva de SUSPENSION por treinta (30) días sin goce de haberes, salvo mejor criterio de la superioridad (artículo 73 del Decreto N° 1311/99), el que fue elevado a la Asesoría General de Gobierno quien compartió las conclusiones sumariales por Dictamen Nº 969/2019, ratificada por Dictamen Nº 1001/2019 del mismo organismo asesor.

4. Por Decreto N° 1073/20 se aplica la sanción expulsiva de cesantía para todas a las agentes involucradas ante la consideración que resulta procedente establecer una sanción ejemplificadora y equitativa atento a la gravedad de los hechos bajo análisis y porque más allá de los cargos que revestían cada una, todas tenían conocimiento del funcionamiento del depósito, conocían las situación irregular en la que se encontraba y ninguna arbitro los medios necesarios a efectos de hacer conocer y/o comunicar las condiciones de uso y ocupación del lugar provocando un grave perjuicio al erario público con su negligente accionar.

5. En razón de lo expuesto, se originan las actuaciones con la presentación obrante a fs. 01/07 del expediente de referencia, por medio de la cual la Sra. Andrea Carina Lew, con patrocinio letrado del Dr. Carlos Cesar Pont, interpone Recurso Jerárquico contra el Decreto 1073/20, solicitando se revoque la medida dejando sin efecto la sanción impuesta.

En su escrito impugnatorio básicamente sostiene:

a. Que el acto administrativo en pugna adolecería de nulidad por cuanto "…sin motivación y/o fundamentación suficiente, se aparta de la conclusión arribada por la Dirección de Sumarios Administrativos […] y condena a la Dra. Lew a la exclusión por cesantía".

COPIA DIGITAL

Plantea que la sanción se extiende a hechos no investigados, con violación del debido proceso garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, aplicable a los procedimientos administrativos y que "si el acto adolece de causa y debida motivación, fundándose en hechos no acreditados en las actuaciones (como sucede con el Decreto N° 1073/2020), o desconociendo hechos debidamente probados, tornan irrazonable el accionar administrativo y por lo tanto el vicio conlleva a su nulidad".

b. Asimismo manifiesta que existe una desproporcionalidad entre la conducta observada y la sanción atribuida, expresando que *"la conducta de la Dra. Andrea Carina Lew, no era determinante o decisiva en el contexto que sucedieron los hechos […] por lo que no es proporcional imponer la sanciones expulsiva de cesantía, por igual a todos los agentes, cuando las conclusiones del sumario y del expediente penal resulta evidente que existió deslinde de responsabilidades, según el cual la Dra. Lew no tenía a su cargo el control de los depósitos donde se produjeron los hechos investigados"*.

Se agravia en tanto considera no fueron considerados los antecedentes personales y disciplinarios de la agente expresando que *"… se aplica a todos los agentes sumariados una sanción ejemplificadora, sin atender a los antecedentes personales, ni profesionales de los agentes involucrados, lo que no supera el test de legalidad y razonabilidad exigido"*.

c. Por último, manifiesta que *"Tanto en sede penal, como de la investigación del Tribunal de Cuentas […], se investigó y deslindó responsabilidades respecto a los mismos hechos respecto de la Dra. Lew, no habiéndose formulado objeciones ni responsabilidades de tipo penal, civil y/o administrativo. Las falencias o defectos detectados fueron de los circuitos administrativos de control cuyo diseño y fijación corresponde a otras áreas de la administración, por lo que esta sanción de cesantía ejemplificadora provoca un daño injusto que debe ser reparado por la administración"*.

Finalmente, solicitó se revoque la medida dejando sin efecto la sanción impuesta y formula reserva de cuestión federal en caso de denegatoria por considerar se afectarían derechos y garantías de raigambre constitucional.

En este estado, se eleva a fs. 20 la presente actuación a los efectos de emitir el dictamen pertinente.

COPIA DIGITAL

II.- MARCO NORMATIVO Y ANALISIS DE LA CUESTION

Desde el punto de vista formal, es dable señalar que la pretensión debe tramitarse como Recurso de Reposición, Revocatoria o Reconsideración, por aplicación del principio del informalismo a favor del administrado que rige el procedimiento administrativo, con sustento en el artículo 61 inciso a) de la Ley Nº 179-A.

En la especie, la agente fue notificada del Decreto en crisis el 08 de septiembre de 2020 y efectuó su presentación con fecha 14 del mismo mes y año a las 10:23 horas a través de la cual rechazó los términos del Decreto Nº 1073/20, el que cabe considerar fue interpuesto en tiempo y forma correspondiendo entonces el análisis de fondo de las cuestiones planteadas.

1. El artículo 141 de la Constitución Provincial establece: "El Gobernador es el mandatario legal de la Provincia y jefe de la administración con los siguientes deberes y atribuciones: 11) Designa y remueve a los ministros, funcionarios y empleados, con las exigencias y formalidades legales";

2. La Ley 293-A, instrumento legal que regula las relaciones de los agentes con nivel de director (artículo 1) establece en su artículo 9: "Los directores tendrán los siguientes deberes: … b) Responder de la perfecta ejecución de las tareas que le sean confiadas, en virtud de la autoridad que le otorgue su jerarquía … e) Los previstos en el artículo 21 inciso …6 … de la Ley 292-A". Asimismo, indica en el artículo 13 "La sanción de "observación" podrá convertirse en "apercibimiento" o "suspensión" cuando las características del hecho o reiteración del mismo así lo indiquen. Para la aplicación de estas medidas se procederá de conformidad a lo previsto por el estatuto y el régimen de sumarios previstos para el personal administrativo", a su vez el artículo 14 del mismo cuerpo legal expresa "La sanción expulsiva de cesantía o exoneración se aplicara cuando se acreditare la falta de responsabilidad y eficiencia en el desempeño de sus tareas o transgresión a las obligaciones y deberes previstos en la presente ley con excepción de aquellos que den lugar a sanciones correctivas. El superior inmediato valorara las circunstancias del caso para graduar la sanción, previo sumario administrativo, de conformidad a lo que establece el régimen de sumarios".

Cabe indicar que la remisión del artículo 9 inciso e) a la Ley 292 A – artículo 21 inciso 6, que se identifica como trasgredido, establece que

COPIA DIGITAL

el agente público tiene la obligación de "Cuidar los bienes del Estado velando por la economía del material y por la conservación de los elementos que le fueron confiados a su custodia y utilización".

3. El Reglamento de Sumarios aprobado por Decreto N° 1311/99 t.v., en lo que aquí interesa, en su artículo 7 expresa: "la sustanciación de los sumarios administrativos e informaciones sumarias por hechos que puedan configurar delitos, y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal, siempre que en esta no recaiga sentencia condenatoria"; el artículo 73: "Con la clausura e informe precedentemente señalados, el expediente se girará al Director de Sumarios, quien –previo contralor del procedimiento cumplido, análisis y apreciación de la prueba reunida– aconsejará el sobreseimiento o propondrá la sanción disciplinaria, elevándolo a la Asesoría General de Gobierno para su fiscalización. La Asesoría General de Gobierno emitirá el dictamen final, que implicará la conclusión definitiva del sumario, con lo cual se girará al Ministerio u organismo que ordenó su instrucción, o al Tribunal de Disciplina del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, según corresponda el artículo 75 que establece "Recibido el sumario por la autoridad competente, se dictará resolución, la que deberá declarar […] b) La existencia de responsabilidad del sumariado y la aplicación de las pertinentes sanciones disciplinarias…".

4. Por último, el Código de Procedimientos Administrativos habilita en el artículo 131 que el acto administrativo anulable podrá ser saneado mediante: b) Confirmación por el órgano que dicto el acto subsanando el vicio que lo afecte. Los efectos de saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación.

Determinado el contexto normativo en que se deberá examinar el presente caso nos abocaremos al análisis de la cuestión.

Al respecto, es dable señalar que el principio de juridicidad es aquel donde la Administración Pública tiene a su cargo la gestión directa e inmediata del bien común, debiendo actuar sujeta al ordenamiento jurídico. Por tanto, en un Estado de Derecho, la Administración se encuentra sometida a la ley, lo que implica que debe existir una norma que habilite la actuación del ente u órgano y esa habilitación puede resultar expresa, encontrarse razonablemente implícita en lo expreso, o como se ha admitido a la luz de la

COPIA DIGITAL

denomina doctrina de la especialidad, estar comprendida en los poderes inherentes la naturaleza o esencia del ente u órgano.

En el presente caso, la aplicación de la sanción recurrida surge del contexto de una actuación sumarial, donde la agente ha intervenido patrocinada legalmente en todas sus etapas garantizando así su derecho a una legítima defensa y al debido proceso adjetivo.

En el mismo, la Asesoría General de Gobierno emitió el dictamen final por el cual se concluye definitivamente el sumario, debiendo recordarse que, los dictámenes de este organismo asesor, no son actos administrativos propiamente dichos sino actos preparatorios de la voluntad de la administración y forman parte de la actividad consultiva de la misma, concordando la doctrina abocada al tema, en que "los dictámenes jurídicos no son actos administrativos, sino actos internos de la Administración, en la medida que no producen efectos jurídicos directos a los particulares"[1], siendo opiniones no vinculantes que colaboran para que el funcionario pertinente decida conforme a derecho.

"El dictamen consultivo es, en su funcionalidad procesal, un acto preparatorio, en la medida que sirve para la elaboración de actos decisorios y, en su otra faz, un elemento causal, en tanto "el elemento cognoscitivo contenido en el dictamen debe ser incorporado a la determinación y configuración de los hechos o a la identificación e interpretación del derecho aplicable"[2]. De esta forma, el dictamen jurídico integra la causa del acto administrativo decisor en tanto que el dato cognoscitivo que contiene es un antecedente fáctico de aquél"[3].

Con él, las conclusiones del sumario han resistido los controles de legalidad indicados normativamente, posterior a lo cual se ha dictado la resolución final (Decreto N° 1073/20), donde el Señor Gobernador, como titular de la potestad sancionatoria con que cuenta el estado para preservar y autoproteger la organización administrativa y el correcto funcionamiento de los

COPIA DIGITAL

[1] CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10 ed., La Ley, Prov. Buenos Aires,2011, p. 251.

[2] BARRA, Rodolfo, "Administración y Actividad Consultiva", en AA.VV., Cuestiones de Procedimiento Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 542.

[3] BARRA, Rodolfo, "Administración y Actividad Consultiva", en AA.VV., "Cuestiones de Procedimiento Administrativo", RAP, Buenos Aires, 2006, p. 533.

servicios administrativos, impuso la sanción de cesantía en ejercicio de una facultad discrecional con que cuenta.

CARLOS F. BALBIN expresa que la discrecionalidad, conceptualmente, es la potestad del Poder Ejecutivo de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es, entonces, jurídicamente plausible e igualmente razonables.

Específicamente en el presente caso, las normas en trato advierten claramente que se ha cumplido con el principio de juridicidad o legalidad imperante en tanto estipulan la sanción y el momento (aspecto reglado), pero dejan a criterio del ejecutivo la aplicación y graduación de la misma (aspecto discrecional), contando además el gobernador con amplias facultades para ello otorgadas por mandato constitucional.

Sintetizando, estamos en presencia de la aplicación de una potestad de tipo sancionatoria inherente a la administración y en la que cuenta, conforme el mismo ordenamiento legal, con facultades discrecionales cuyo único criterio a seguir es la oportunidad, el mérito y la conveniencia, razones que están restringidas al análisis de esta instancia que solo se aboca a cuestiones estrictamente jurídicas[4].

De igual manera y adelantando nuestra opinión, tras el análisis de los actuados se advierte que se ha respetado el debido proceso adjetivo y garantizado el derecho de defensa, no procediendo la autoridad administrativa en forma arbitraria ni agregando hechos nuevos.

Insistimos en el carácter discrecional, en tanto es la posibilidad del Ejecutivo de optar entre dos o más soluciones plausibles jurídicamente y el criterio de oportunidad o mérito es el motivo por el cual aquél, en el caso puntual, eligió esa solución entre varias posibles. La oportunidad o mérito es el modo en que el Ejecutivo decide interpretar y rellenar el concepto de interés público en el marco del caso concreto —ya definido por el Legislador en términos más abstractos a través del bloque de legalidad—.

Debemos aclarar que la discrecionalidad no inhabilita la motivación del acto, dado que tampoco está "libertad" puede convertirse en actuar arbitrario y caprichoso, ahora, si analizamos el acto cuestionado, en lo usualmente

[4] Dictámenes PTN 254:588; 281 :57, entre otros.

COPIA DIGITAL

se denomina "los considerandos", se establecen las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación del mismo, se advierte claramente que la decisión se fundó en la potestad sancionadora de la administración, una vez cumplida la instrucción de sumario previo donde se determinó la responsabilidad en que se encontraba incursa la agente, cumplido con el debido proceso y considerando el grave perjuicio al erario público provocado por los hechos investigados, cuya gravedad además fue de público conocimiento.

Respecto al perjuicio que le ocasionaría la sanción aplicada cuando no se ha determinado responsabilidad alguna en sede penal y ante el Tribunal de Cuentas, resulta indispensable aclarar que cada organismo se aboca a cuestiones diferentes, así mientras en la causa judicial se busca determinar la comisión o no de delito o violación de un tipo delictivo –principio de tipicidad- y el Tribunal de Cuentas, como órgano de control externo del sector publico provincial, investiga todo acto, hecho u omisión susceptible de originar un perjuicio a la hacienda pública (Artículo 55 de la Ley 831 A), en la instrucción sumarial, no se ocupa solamente de las cuestiones patrimoniales sino también disciplinaria, justamente las que motivaron la aplicación de la sanción en trato y las que según el mismo reglamento de sumario son independientes de la causa criminal (artículo 7).

Por último, del estudio efectuado al acto atacado se advierte que en el artículo 4º de la parte resolutiva se ha consignado en forma errónea el encuadre legal de los artículos 13 y 14 del "Régimen Disciplinario" de la Ley 292-A cuando corresponde a la Ley 293-A, falencia que corresponde ser saneada con efecto retroactivo a la fecha de emisión del acto en el instrumento legal que resuelva el presente recurso, conforme facultades otorgadas por la Ley 179 A en su artículo 131 inciso b).

La doctrina mayoritaria lo define como saneamiento, perfeccionamiento, confirmación, convalidación, ratificación, etc.; nuestro Código de Procediendo Administrativo adopta, la terminología de que el género es el saneamiento y sus especies la ratificación (inciso a) y la confirmación (inciso b). Por lo cual la forma natural y lógica de purgar el vicio es solucionando las causas que lo originaron y en los casos en que el saneamiento es posible, la normativa prescribe que sus efectos son a su vez retroactivos.

COPIA DIGITAL

Es criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación que: "para la procedencia del saneamiento es condición indispensable que el acto administrativo que se pretende sanear sea anulable; esto es, un acto en el que en su dictado se hubiese incurrido en alguna irregularidad u omisión, o que contenga algún vicio, que no impida la existencia de alguno de sus elementos esenciales[5], asimismo tiene dicho "la nulidad absoluta solo se configura cuando ha mediado una grave violación del derecho aplicable y (…) en caso de duda sobre la entidad del vicio debe optarse – con fundamento en el principio de la conservación de los valores jurídicos -, por afirmar la existencia del vicio menor"[6].

Dice Hutchinson que por confirmación del acto debe entenderse aquella especie de saneamiento por el cual la Administración – el órgano que dicta el acto-, subsana el vicio que lo afecta; en la confirmación los elementos del acto continúan subsistentes después del saneamiento que tiene efectos retroactivos.[7]

Coadyuva a esta solución, el hecho concreto que el mencionado error no significó colocar a la agente en situación de indefensión, todo lo contrario, la misma presenta el recurso en tratamiento y expone sus agravios, sin mencionar ni cuestionar el encuadre legal del artículo que dispone su cesantía, justamente porque la agente tuvo acceso a la totalidad del expediente, conociendo cabalmente el mismo (capítulo de cargos y encuadre legal de fs. 395/398).

III.- CONCLUSION

Con fundamento en lo expuesto, se considera que los agravios planteados no han logrado conmover la vigencia del acto administrativo emanado de la alta autoridad del Poder Ejecutivo, no encontrando los argumentos planteados asidero en derecho para que llegaran a prosperar.

Por tanto, desde este servicio jurídico se propicia el saneamiento del error de redacción incurrido en el artículo 4° respecto al encuadre legal y se aconseja el rechazo del recurso de reposición incoado por agente Andrea Carina Lew D.N.I. N° 20.412.947 contra el Decreto 1073/2020 con ratificación de la sanción expulsiva de cesantía aplicada.

COPIA DIGITAL

[5] Dictámenes: 246:118

[6] Dictámenes 248:475, 146:364; 195:77; 198:115; 234:156.

[7] Tomas Hutchinson – Régimen de Procedimiento Administrativo – Ley 19.549 – 8º edición actualizada y ampliada- pag. 154 y sgte.

La Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 311:334 sostuvo: *"La potestad disciplinaria de la autoridad competente para imponer sanciones tiene por finalidad asegurar y mantener el normal funcionamiento de los servicios a su cargo (v. Dictámenes 12; 19; 257:62 Fallos 254:43).*

La Sala V de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal entendió que *"las sanciones disciplinarias nacen del poder de supremacía especial que posee la administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa..."* (voto del juez Grecco).[8]

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO,

08-10-2020

Dr. Jorge Pablo Alegre
Asesor General de Gobierno
Provincia del Chaco

COPIA DIGITAL

[8] "Marcos Norma Gladys c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ Empleo Público", CNCAF, Sala V, causa núm. 17981/97, del 13 de abril de 1998.