**DICTAMEN N° 461**
**REF.: E2-2020-148-E** s/ Recurso Jerárquico contra decreto Nº 1073/2020- Torresi Mirian Ana.

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

**A: SUBSECRETARIA DE LEGAL Y TECNICA**
**ESCR. CRISTIAN MOTTER**
**SU DESPACHO**

COPIA DIGITAL

De mi consideración:

Ingresan a consulta de este órgano asesor, las presentes actuaciones, a fin de emitir opinión sobre el recurso reposición contra el Decreto Provincial Nº 1073/2020 interpuesto por la Sra. Mirian Ana Torresi DNI Nº 16.116.820, por el cual se dispuso a la antes mencionada, la sanción expulsiva de cesantía a partir de la fecha del instrumento legal, es decir el 07/09/2020 por haber transgredido con su accionar lo establecido en el artículo 21 de la Ley 292-A del Estatuto para el personal de la Administracion Publica Provincial, en concordancia con el art. 21 inc. a y 8 del Regimen Disciplinario, anexo a la citada norma legal.

I.- ANTECEDENTES E INFORMES

1. Se instruyeron actuaciones sumariales E6-2018-9363-E caratuladas: "Mansilla, Marcela Analia 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 las 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. Torresi Mirian Ana era la encargada del depósito de Ruta 11, estando bajo su supervisión la Sra. Marcela Aceval quien para cumplir tareas administrativas como responsable de recepción –ingresos, egresos y entrega- y control de stock de leche entera en polvo del Programa Materno Infantil la mencionada agente se encuentra sujeta en lo que respecta a sus derechos, prohibiciones y obligaciones por el régimen dispuesto por la Ley 292-A para agentes de la administración pública provincial, quedando acreditado su responsabilidad por incumplimiento de lo establecido en arts. 21: El agente público tendrá las siguientes obligaciones: 1) Prestar personalmente el servicio en el lugar, condiciones de tiempo y forma que determinen las reglamentaciones correspondientes, sobre la base del principio que el agente se debe al servicio del Estado con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducente a su mejor desempeño y al perfeccionamiento de la Administración; 8) Llevar a conocimiento de la superioridad, por vía jerárquica todo procedimiento irregular que pueda causar perjuicio patrimonial, moral o configurar daño para la Administración.

3. Cabe tener presente que, por dicho expediente, la Dirección de Sumarios administrativos, propuso para la Sra. Torresi, Mirian Ana, 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 y 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 el negligente accionar.

COPIA DIGITAL

5. En razón de lo expuesto, se originan las actuaciones con la presentación obrante a fs. 01/09 del expediente de referencia, por medio de la cual la Sra. Miriam Ana Torresi, con patrocinio letrado del Dr. Rodrigo José Pérez Herrera, interpone recurso de reposición contra el Decreto 1073/20, solicitando se revoque la medida dejando sin efecto la sanción impuesta.

Si bien no están determinados los agravios de manera explícita, estos surgen del relato del escrito recursivo donde la agente considera que la misma no tenía ninguna relación funcional ni responsabilidad sobre el depósito de Ruta 16; que la Sra. Aceval no dependía de ella, que no tenía ninguna responsabilidad y/o función respecto a las llaves del depósito de Ruta 16, que no existió omisión alguna en relación al conocimiento de la totalidad de las situaciones referidas. Por otro lado, considera inmotivado y arbitrario el agravamiento que aplica el Decreto 1073/2020.-

II.- MARCO NORMATIVO Y ANALISIS DE LA CUESTION

Desde el punto de vista formal, la presentación resulta procedente, toda vez que el causante se notificó del acto atacado con fecha 08 de septiembre de 2020 y efectuó su presentación con fecha 16 de septiembre de 2020 a las 08:17 hs, dentro del plazo y de acuerdo al procedimiento establecido por el art. 91 y siguientes de la Ley Nº 179-A, Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia del Chaco, por lo que procede considerar el fondo de la cuestión.

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 292-A, instrumento legal que regula las relaciones de los agentes dependientes de la Administración Publica Provincial establece arts. 21: El agente público tendrá las siguientes obligaciones: 1) Prestar personalmente el servicio en el lugar, condiciones de tiempo y forma que determinen las reglamentaciones correspondientes, sobre la base del principio que el agente se debe al servicio del Estado con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducente a su mejor desempeño y al perfeccionamiento de la Administración; 4) Responder por la eficiencia, rendimiento y tareas del personal a sus órdenes; 8) Llevar a conocimiento de la superioridad,

COPIA DIGITAL

por vía jerárquica todo procedimiento irregular que pueda causar perjuicio patrimonial, moral o configurar daño para la Administración; el Anexo a la Ley 292-A "Régimen Disciplinario", Artículo 21: Será causal de Observación, Apercibimiento, Suspensión, Cesantía o Exoneración, conforme a la gravedad del hecho y/o reiteración, la transgresión a las siguientes disposiciones: 1) Artículo 21 incisos 1);...; 4; ...; 8.

3. Ley 179-A – de procedimiento Administrativo- Artículo 131: 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.

4. Por último, el Reglamento de Sumarios aprobado por Decreto N° 1311/99 t.v., en lo que aquí interesa, dice en su 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...".

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.

Por otro lado, 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.

Del análisis de las pruebas agregadas al expediente sumarial surge que la farmacéutica Miriam Ana Torresi, era la encargada del depósito de Ruta 11 y tenía bajo su supervisión las funciones que fueron encomendadas a la becada Sra. Marcela Aceval, quien cumplía tareas administrativas como responsable de recepción –ingresos, egresos y entrega- y control de stock de leche entera en polvo del Programa Materno Infantil de acuerdo a lo establecido por Disposición Nº 8/17 de la Dirección de Programación y Gestión de Insumos Médicos, función ratificada por Nota 1125 de fecha 08/11/2017 agregada a fs. 260 – segundo cuerpo de la carpeta de pruebas, es decir que conociendo la situación irregular de la Sra. Aceval permitió indebidamente la incorporación en el proceso de recepción de la leche en polvo, cuya participación no fue avalada por ninguna resolución ministerial. La recurrente manifiesta que no tenía a su cargo las llaves del Depósito de Ruta 16, no obstante de las pruebas agregadas al sumario surge demostrado que tenía pleno conocimiento de los movimientos que se realizaban en el depósito e incluso resguardaba las llaves del mismo, en ausencia de ACEVAL ( dicha afirmación realizaron los testigos ofrecidos por la misma, Sres. Raúl Alberto Rey y Raúl Alberto García, a fs. 482 y 483 del sumario administrativo), que el deposito no estaba en condiciones edilicias ni de seguridad, que en el mismo se guardaba la leche y que la persona que ella tenía bajo su responsabilidad por Disposición 08/17 se manejaba sin ningún tipo de control, justamente el que la Sra. Torresi debería haber efectuado de acuerdo a las funciones encomendadas; y en caso de no poder cumplir esa función debería haber llevado a conocimiento de su superior la imposibilidad material de hacerlo; hecho que no lo hizo de acuerdo a las probanzas agregadas a las presentes actuaciones. De esta omisión es de donde deviene su responsabilidad disciplinaria.

Tal como se menciona en las conclusiones sumariales, si bien las agentes no participaron de la sustracción de los bienes enumerados, puede advertirse claramente que no habrían cumplido con las funciones asignadas, no efectuando el debido control de las tareas encomendadas y las del personal a

COPIA DIGITAL

su cargo, negligencia que habría facilitado la comisión del ilícito investigado en autos.

En el mismo expediente la Asesoría General de Gobierno emitió el dictamen final por el cual se concluye definitivamente el sumario, debiendo recordase 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.

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 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.

COPIA DIGITAL

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

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. De igual manera y adelantando nuestra opinión, tras el análisis de los actuados no se advierte que la autoridad administrativa haya procedido en forma arbitraria.[2]

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—.

Si analizamos el acto cuestionado, en lo usualmente se denomina "los considerandos", se establecen las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación del mismo, el Sr. Gobernador fundamenta su decisión en la potestad sancionadora de la administración, cumpliendo con la instrucción de sumario previo donde se determinó la responsabilidad en que se encontraba incursa la agente y considerando el grave perjuicio al erario público provocado por los hechos investigados, cuya gravedad además fue de público conocimiento.

En otro orden de ideas, del análisis efectuado del decreto atacado se advierte que en la parte resolutiva del mismo se omite consignar los incisos del art. 21 de la Ley 292-A, los cuales fueron, por error, mencionados como integrantes del art. 21 del Anexo Disciplinario. No obstante, el correcto

COPIA DIGITAL

[2] Dictamenes PTN 254:588, 281:57, entre otros

encuadre legal se encuentra perfectamente identificado y detallado en los considerandos del decreto Nº 1073/2020.

Por lo expuesto corresponde que esta omisión sea saneada en el instrumento legal que resuelva el presente recurso, en virtud del fundamento que se expondrán a continuación y teniendo en cuenta el principio de conservación de los actos jurídicos; y no decretar su nulidad como pretende la recurrente.

Ello así, pues desde la perspectiva que proporciona el principio de conservación de los actos jurídicos cabe recordar que no procede invocar la nulidad por la nulidad misma (Fallos 301:410; 302:1564; 303:1596 y 306:467; v. .también Moskzowics de Rubel, CNFed Cont. Adm., Sala III, 17-4-84).

El saneamiento supone salvar los vicios del acto y reconstruirlo con efectos retroactivos. Dice la ley 179-A – De procedimiento Administrativo- que el acto anulable de nulidad relativa (es decir, aquél cuyos vicios no impiden la existencia de sus elementos esenciales), puede ser objeto de saneamiento en dos casos: Artículo 131: 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.

El texto legal agrega —a su vez—, el efecto temporal del saneamiento. Así, dice el legislador que los efectos del saneamiento se retrotraen a la fecha de emisión del acto que es objeto de ratificación o confirmación.

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[3], 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"[4]

COPIA DIGITAL

[3] Dictámenes: 246:118

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

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[5].

Coadyuva a esta solución, el hecho concreto que el mencionado error en la consignación de los incisos no significo colocar a la agente en situación de indefensión, todo lo contrario, la misma presenta el recurso en tratamiento y expone sus agravios haciendo un análisis de los considerandos que considera que afectan sus derechos y sin mencionar ni cuestionar el encuadre legal del artículo que dispone su cesantía. Cabe tener presente que en la actuación sumarial la agente intervino patrocinada legalmente en todas sus etapas garantizando de esa manera su derecho de defensa y debido proceso adjetivo. Es allí donde tomo conocimiento del encuadre legal de su conducta y ejerció su defensa; por otro lado, dicho encuadre se halla perfectamente detallado en el décimo cuarto (14º) considerando del decreto recurrido, lo cual hace presumir con certeza suficiente que tomo conocimiento cierto de cuál es el encuadre legal por el cual se le aplica la sanción; y en consecuencia ejerció su derecho a recurrir el decreto objeto de análisis.

La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea, los motivos o presupuestos del acto; constituye, por lo tanto, la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden," sirviendo además para la interpretación del acto. Se ha entendido que, si la resolución a adoptarse supone como elemento previo una declaración o certificación, no habría obstáculo jurídico a que la declaración sea incluida en los considerandos, y la decisión en la parte resolutiva.[6]

COPIA DIGITAL

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

[6] Agustin Gordillo – Tratado de Derecho Administrativo - Capítulo IX -VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. OBJETO Y COMPETENCIA.

No sería lo mismo, tal vez, si los considerandos contienen declaraciones totalmente ajenas al objeto del acto, o imprecisas o equívocas, pero pareciera que cuando la declaración es un antecedente lógico de la decisión, cuando es verdaderamente un presupuesto de hecho o de derecho de la decisión adoptada, ella puede válidamente ser insertada en la motivación." (Dictámenes, 96: 230-234.)

En virtud de lo expuesto se propicia que en el mismo Decreto que resuelva el recurso impetrado por la agente Torresi sea saneada el error en la redacción del encuadre legal.

III.- CONCLUSION

Por lo expuesto, este servicio jurídico aconseja rechazar el recurso de reposición interpuesto por la Sra. Mirian Ana Torresi DNI Nº 16.116.820 contra el Decreto 1073/2020 ratificando la aplicación de sanción expulsiva de cesantía.

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).[7]

Atentamente.

**ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO,**

**08-10-2020**

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

[7] "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.

COPIA DIGITAL