DICTAMEN N° 474
REF: E12-2020-4084-A- s/recurso de revocatoria con jerárquico y nulidad c/resolución N° 1090/2020 de Loteria Chaqueña y nota N° 209/2020 – Bender Mirta Sara.----------

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

A LA DIRECCIÓN DE CONTRALOR Y NORMATIZACIÓN
SUBSECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA
PROF. RAMONA BEATRIZ RODRIGUEZ
PROVINCIA DEL CHACO
SU DESPACHO

De mi consideración:

Arriba a este organismo asesor el expediente de referencia a efectos de emitir dictamen respecto del Recurso Jerárquico y Nulidad interpuesto subsidiariamente al de Revocatoria (fs 1/5) contra la Resolución Nº 1090/2020 del Directorio de Lotería Chaqueña y Nota Nº 0209/2020, por la sra. Mirta Sara Bender, DNI 10.882.373.

Así, por Resolución de Lotería Chaqueña Nº 1386/2020 obrante a fs. 30/39, se rechazó el Recurso de Revocatoria impetrado, elevándose las actuaciones para el tratamiento del Jerárquico.

I. Primeramente, corresponde analizar si el recurso en trato ha sido interpuesto en legal tiempo y forma. Tal como surge de la presentación de la recurrente a fs. 1/5, la misma manifiesta haberse notificado de ambos instrumentos –nota y resolución- en fecha 10/09/2020 y a fs. 30/39, la Resolución de Lotería Chaqueña Nº 1386/2020 expresamente establece que el recurso fue interpuesto en tiempo y forma, conforme ley Nº 179-A.

Consecuentemente, no existiendo constancias en las actuaciones de la fecha en que los mencionados instrumentos fueron notificados a la recurrente, y habiendo sido tratado el de revocatoria en los términos antes dicho, aplicando el principio de informalismo y el de la duda a favor del administrado, corresponde en consecuencia el tratamiento del jerárquico interpuesto subsidiariamente y nulidad.

II. A fs. 6 obra nota Nº 0209/2020 del Gerente Administrativo del organismo, por medio de la cual se notifica a la sra. Bender

COPIA DIGITAL

que a partir del día 01/12/2020, se le otorgará la correspondiente "Baja por Jubilación" de la cual fue notificada en fecha 13/08/2018. Asimismo se le informa que se dará continuidad a los trámites administrativos pertinentes y se le informa de los términos de la Resolución Nº 1092/2020. La recurrente firma en disconformidad.

A fs. 7 obra Resolución Nº 1090/2020 por medio de la cual se modifica el art. 1º de la Resolución Nº 0307/2020 –fs. 8-, dejándose establecido que la fecha máxima para usufructuar la licencia anual ordinaria año 2018 de los agentes que se detallan en la planilla anexa –fs.9/9/12-, será el 30/11/2020 –y no el 31/12/2020 como lo estableció el acto modificado. En todo lo demás la misma no se modificó.

A fs. 13 se agrega disposición de la Gerencia de Jubilaciones, Retiros y Pensiones por medio de la cual se establece que la sra. Bender reúne las condiciones para acogerse a la jubilación ordinaria móvil, según ley Nº 800-H y a fs. 14 obra requerimiento de fecha 02/08/2018 a la Dirección General de Recursos Humanos del organismo, a efectos de que remitan la documentación necesaria para el trámite, detallándola.

A fs. 15, obra memorandum Nº 0391 de fecha 13 de noviembre de 2019 por medio del cual, se le informa a la recurrente que se presente ante el Departamento de Recursos Humanos en forma inmediata a los fines de cumplimentar: usufructo de licencias pendientes, solicitud de pago de licencias y fechas de baja, documentación a presentar para el inicio del trámite jubilatorio para efectivizar la baja respectiva.

A fs. 16/17 se agrega escrito de la quejosa, dirigida a la Gerente Financiero Contable donde informa los cronogramas de licencias a usufructuar: desde el 19/11/2019 al 02/12/2019 y desde el 17/02/2019 al 01/03/2019 –en total 28 días-, asimismo aclara que la licencia pendiente del año 2018 la comenzaría a usufructuar luego de la presentación de los estados contables y hace un detalle de las fechas probables de presentación de los balances definitivos del año 2019.

A fs. 18 obra solicitud de licencia desde el 19/11 al 02/12 del año 2019. A fs. 19 obra intimación a la agente para que dé cumplimiento al memorándum referenciado, y a fs. 20 la sra. Bender, en respuesta a la intimación informa que usufructuará sus licencias pendientes del año 2018 en el año 2020 luego de la presentación de los estados contables del ejercicio 2019, que percibirá como licencias no gozadas el período 2019 y el proporcional del año 2020 y que la prioridad es la presentación de los estados contables.

COPIA DIGITAL

A fs. 23 se agrega informe de la Dirección de Logística del organismo, del cual surge que la sra. Bender se encuentra en condiciones de acceder a los beneficios de la Jubilación Ordinaria Móvil, que fue notificada de tal situación en fecha 13/08/2018 dado que en ese momento contaba con 65 años y 41 años de servicios. Que por nota Nº 0209/2020 se notifica a la agente que se le otorgará la correspondiente baja por jubilación desde el 01/12/2020.

A fs. 26/29 se agrega dictamen de la asesoría legal del organismo y a fs. 30/39 se agrega Resolución Nº 1386/2020 del Directorio de Lotería Chaqueña de fecha 01/10/2020 que en su art. 1° desestima el recurso de revocatoria contra la Nota 0209/2020, en su art. 2° rechaza el mismo interpuesto contra la Resolución Nº 1090/2020 del organismo por los motivos expuestos en los considerandos y en su art. 3° ordena la suspensión de los efectos de la Resolución atacada hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

III. La recurrente, en su escrito manifiesta que mediante nota Nº 0209/2020 se le hace saber a su domicilio que a partir del 01/12/2020 se le otorgará la correspondiente baja por jubilación, de lo cual quedó notificada en fecha 13/08/18, que se dará continuidad a los trámites administrativos pendientes y que se le notifica los términos de la Resolución Nº 1090/2020 (modificatoria). Expresa que la Resolución Nº 1090/2020 se sustenta en cuatro considerandos, que el segundo intenta encausar o fundar lo resuelto por el Directorio, parafraseando supuestas "cuestiones operativas y de servicio", una generalidad, –entiende- por lo que presuntamente "es necesario modificar la fecha citada precedentemente".

Es decir, con la resolución atacada, el Directorio de Lotería, modifica la fecha máxima para la finalización del usufructo de las licencias 2018 adeudadas, a diferencia del plazo máximo establecido por su similar Nº 0307/2020 de fecha 17/02/2020 que lo tenía previsto para el 31/12/2020, sin mediar razón o fundamento, alterándolo intempestivamente e ilegítimamente entiende.

Solicita además la suspensión de los efectos del acto impugnado, a lo cual se hace lugar conforme lo prescribe el art. 3° de la Resolución N° 1386/2020.

Alega la quejosa que el día 10/09/2020, mediante Nota Nº 0209/2020 viciada de nulidad absoluta por ser contraria a la ley, se le notificó que se le otorgará la correspondiente Baja por Jubilación a partir del 01/12/2020, de lo cual ella había sido notificada en fecha 13/08/2020. Manifiesta que no es cierto que en fecha 13/08/2020 se le notificó que el día 01/12/2020 se le iba a otorgar su jubilación, que tal afirmación carece de veracidad, no se ajusta a la

COPIA DIGITAL

realidad dado que –entiende- que los hechos y documentos referidos al caso demuestran lo contrario.

Asume que en fecha 13/08/2020 se le notifica dictamen de la Gerencia de Jubilaciones Retiros y Pensiones del INSSSEP del cual surge que reunía las condiciones requeridas por la ley N° 800-H para la obtención del beneficio de la Jubilación Ordinaria Móvil y el detalle de la documentación a remitir.

Que al notificarse del memorándum 0391/2019 informó cronograma de licencias y cronograma de fechas probables de presentación de balance definitivo año 2019, lo cual dice que fue aceptado por su superior quien le puso en conocimiento la prioridad de la presentación de los estados contables. Asimismo presenta solicitud de licencia por 14 días, correspondiente al período 2018. Hace referencia que desde marzo/2020, por motivo del COVID-19 se tomaron medidas de mitigación en el orden nacional y provincial.

Alude a que los actos objeto de impugnación citados son nulos de nulidad absoluta y manifiesta, viciados en los elementos esenciales del acto –forma/procedimiento, causa/motivación, antecedentes de hecho y solución de derecho por falta de causa, desproporcionalidad e irrazonabilidad en cuanto a la finalidad. Cita los arts. 114°, 124°, 125° y 126° de la ley N° 179-A.

Entiende la recurrente que es palmaria la nulidad del acto atacado, que la nota no se ajusta a la realidad de los hechos, que en la resolución el vicio es grave porque vulnera el principio de legalidad al revocar de oficio un acto notificado y formalmente perfecto que no adolece de vicios que lo hagan anulable y sin explicar acabadamente las circunstancias de oportunidad basadas en el interés público que lo habilitan. Señala que hay vicio en la finalidad dado que modifica una situación firme y consentida, se produce una desviación de la finalidad con irrazonabilidad, arbitrariedad e incongruencia.

Asimismo, en el punto IV solicita la suspensión de los efectos o ejecución del acto impugnado. Además hace manifestaciones respecto a que la medida la afecta económicamente, a lo cual me remito.

IV. En el análisis de la cuestión traída a consideración, es menester destacar que la nota N° 0209/2020 –fs. 6- notificó a la quejosa que a partir del 01/12/2020 se le otorgará la correspondiente Baja por Jubilación, de la cual fue debidamente notificada en fecha 13/08/2020; además se le notificó la Resolución N° 1090/2020. Cabe poner de resalto, que a lo que la nota se refirió es que en fecha 13/08/2020 se le notificó a la agente que se encontraba en condiciones de acogerse a la jubilación, que debía iniciar el pertinente trámite y adjuntar la documentación respaldatoria. Sentado ella, se advierte y comparte el

COPIA DIGITAL

criterio sustentado por el organismo en lo referido a que la nota es un acto preparatorio de una decisión administrativa, no siendo susceptible de ser recurrida -art. 82° del Código de Procedimiento Administrativo- Ley N° 179-A, motivo por el cual, en lo referente a la misma se considera inadmisible el recurso impetrado.

Por otro lado, como bien lo señala Lotería Chaqueña, la Resolución N° 0307/2020 de fecha 17/02/2020, que en el marco de la ley N° 645-A del Régimen de Licencias de la Administración Pública Provincial, estableció el plazo máximo que tendrían los agentes detallados en la planilla Anexa para usufructuar las licencias pendientes del año 2018 -31/12/2020. Ello antes de la pandemia COVID-19.

Posteriormente, y a raíz del hecho mencionado, de público conocimiento, el organismo, dictó la Resolución N° 1090/2020 (recurrida), por medio de la cual se modificó la fecha límite para usufructuar las licencias pendientes año 2018, es decir, hasta el 30/11/2020. Aduce el organismo, que por razones de operatividad, en el marco de la facultad otorgada por el régimen de licencias y por cuestiones de orden público, la fecha límite para usufructuar las licencias se modificó.

Así los hechos, destaco que la agente Binder se encuentra con creces en condiciones de acogerse a la jubilación ordinaria móvil conforme ley N° 800-H y que de esa situación fue notificada en el año 2018, cuando también se le requirió que inicie los trámites jubilatorios. Asimismo, la administración tiene la facultad de iniciar dicho trámite de oficio, ante la inacción de la agente.

Por otro lado, surge claramente de las actuaciones, que se le solicitó a la agente que informara el período durante el cual usufructuaría sus licencias pendientes del año 2018, pidiendo solamente 14 días –fs. 18-, cuando de la planilla anexa a ambas resoluciones, surge que a la misma se le adeudaban 35 días –fs. 09. Asimismo, por memorándum N° 0391/2019 se intimó a la agente a que presentara la documentación para iniciar el trámite jubilatorio.

Luego, por nota N° 0209/2020, se le notificó que se le otorgará la baja por la Jubilación Ordinaria Móvil partir del 01/12/2020.

En concordancia con lo antedicho, esta instancia, considera que no existen derechos vulnerados y/o afectados por el acto atacado que pudieran dar lugar al acogimiento del reclamo de la sra. Bender.

Es decir, la agente se encuentra en condiciones de acogerse a su jubilación, lo cual se le notificó en el año 2018, se le dio tiempo suficiente para usufructuar sus licencias pendientes del año 2018 y se le informó

COPIA DIGITAL

que a partir del 01/12/2020 se acogería al beneficio, todo ello, en virtud de las facultades ordenatorias y discrecionales del organismo.

La modificación del tiempo máximo para usufructuar sus licencias pendientes año 2018, en nada afecta sus derechos dado que antes de acogerse a la medida es una agente activa, luego de lo cual, pasará a ser personal pasivo, conforme ley N° 800-H, resultando una facultad ordenatoria de la administración la disposición de las fechas para que los agentes con licencias pendientes puedan hacerlas efectivas, es decir, ambas resoluciones -N° 307 y 1090 del año 2020- las que fueron dictadas dentro de las facultades del organismo, como así también, por razones de operatividad, servicio y de interés público, en el marco del decreto nacional N° 260/2020 que dispuso la emergencia sanitaria, en el marco de la pandemia COVID-19, encontrándose la recurrente cumpliendo acabadamente con los requisitos establecidos por la ley de jubilaciones para acceder a la misma, es decir, 60 años de edad y/o más de 30 años de prestación de servicios.

Es necesario remitirnos a la aplicación de los principios rectores del procedimiento administrativo, en el caso, la prevalencia del principio de la verdad material por encima de la verdad formal.

V. Complementando la fundamentación vertida, conforme lo entiende esta asesoría en reiterados dictámenes, "El control jerárquico institución al que corresponde al Poder Ejecutivo sobre los actos de los entes autárquicos en función del origen o creación de estos, se halla limitado a los supuestos de legitimidad, por lo que en base a ello, sólo puede confirmar o revocar el acto sometido a su fiscalización, pero no modificarlo, reformarlo o sustituirlo" (DROMI, J. R., "Derecho Administrativo Económico", T.I., p.261, Dictamen Nº 508/05 AGG).

En el contexto causal referido se elevan los actuados a nuestra consideración mediante el recurso jerárquico que debe ser comprendido dentro de las potestades administrativas de la alzada y las facultades de la administración en cuanto a la materia recursiva, que debe limitarse a las cuestiones de legitimidad del acto administrativo impugnado sin que pueda reformarlo, modificarlo o sustituirlo. Es decir; que: *"El contralor administrativo sobre las entidades autárquicas es aquel que realiza un órgano de la Administración activa (central) respecto del comportamiento positivo o negativo de una entidad autárquica o de un agente suyo, con el fin de establecer si se conforma o no con las normas y principios que lo regulan" (Ministerio de Economía, 3/10/2001, expte. 10-000549/01 (Dictámenes 239:26).*

COPIA DIGITAL

Es que mientras que el ámbito de la administración centralizada, vía recurso jerárquico, el recurso acarrea un control amplio de la decisión impugnada, por la vía de alzada, teniendo en cuenta que se trata de entidades autárquicas, con independencia funcional; no se habla de control, sino de revisión de la decisión impugnada y esta revisión sólo comprende la legitimidad. De allí que: *"No procede la revisión vía alzada de los actos administrativos dictados en ejercicio de competencias que han sido encomendadas en función de una idoneidad técnica (...) salvo que se configure arbitrariedad..." -24/07/2000 Dictamen 233:162.*

Es que el concepto de autarquía, conforme a la naturaleza del ente -Lotería Chaqueña- no encierra la noción de independencia absoluta del ente autárquico del poder administrador central ya que aquella integra la administración pública cumpliendo fines del estado, sosteniéndose el vínculo de sujeción con obligación de seguir los lineamientos y principios de conducta y política administrativa que se fijen para la administración en su conjunto y la revisión vía jerárquica de los actos por el poder central está limitado a la conformidad del accionar de la entidad autárquica con la ley.

Así entonces, y teniendo en consideración el criterio citado, la administración central, en vía jerárquica, no puede revocar un acto, salvo causal de arbitrariedad, cuando no surge de las actuaciones una causal que determine la ilegitimidad del acto por indebida o falsa fundamentación.

Es decir; no se advierte de la fundamentación de la resolución recurrida que la misma no se ajuste a la normativa y a los hechos que determinaron la emisión del acto administrativo cuestionado; y que reitero, no pueden ser modificados o suplidos por otros, por la administración central en vía jerárquica, cuando del análisis del mismo no se advierte un quebrantamiento de la legalidad del obrar administrativo.

De conformidad a lo expuesto, esta Asesoría General de Gobierno entiende que debe rechazarse el recurso jerárquico deducido en subsidio y de nulidad interpuesto por la agente Mirta Sara Bender, DNI N° 10.882.373, confirmándose la resolución recurrida, debiendo dictarse el acto administrativo pertinente.

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO

15-10-2020

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

COPIA DIGITAL