DICTAMEN N° 076

REF: Expte E3-34232-A/19
GOROSTEGUI GISELLE S/ BONIFICACIONES

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

A: MINISTERIO DE GOBIERNO Y TRABAJO
PROVINCIA DEL CHACO
DR. JUAN MANUEL CHAPO

De mi consideración:

Acceden las presentes actuaciones a los efectos de expedirnos conforme el requerimiento de fs. 21, que refiere sobre el pago de Bonificación por Incompatibilidad y bonificación especial otorgadas mediante Decreto Nº 4680/19 de fecha 26/11/19 a la agente Giselle de lo Ángeles Gorostegui – DNI Nº 30.793.510, personal de la Inspección General de personas Jurídicas y Registro Público de Comercio.

1.- A través del mencionado Decreto se le reconoció a la agente Gorostegui el pago de la Bonificación por Incompatibilidad consistente en el 50% a calcularse sobre el cargo de la misma como asimismo también el pago de la Bonificación Especial del 100% a calcularse sobre el concepto básico del Grupo 1 –a apartado c) de la categoría 3 – personal Administrativo y Técnico del Escalafón General, según los valores consignados en la planilla Anexa I de la Ley 196-A, e la Inspección General de Personas Jurídicas y Registro Público de Comercio por la función específica que realizan en horarios inusuales.

2.- De los antecedentes obrantes se observa que a instancias de la Nota (fs.01) emitida por el Director de Recursos Humanos del Ministerio de Gobierno y Trabajo y dirigida a la Directora General de Recursos Humanos da cuenta de la existencia de errores, respecto de la liquidación por incompatibilidad que se le encuentra practicando a la agente Gorostegui, como asimismo solicita se verifique el titulo adjunto en fotocopia (fs. 04) a los fines de acceder al pago de la Bonificación Especial del 100%.

COPIA DIGITAL

Concretamente se observa que respecto de la Bonificación por Incompatibilidad otorgada por el Artículo 1º - complemento que se encuentra percibiendo – ha sido calculado de forma incorrecta dado que la misma se encuentra calculada sobre el cargo dela agente cuando de conformidad al Art. 35 de la Ley 1903-C establece que deberá calcularse sobre la suma del cargo del agente consignado en la Planilla Anexa V de la Ley 196-A.

Y que en relación a la Bonificación Especial del 100% - complemento a la fecha no percibido por la agente – otorgada por el Artículo 2º del citado decreto, se destaca que el art. 35 de la Ley 1903-C establece que dicho complemento se calculará como el cien por ciento (100%) del concepto "básico" del grupo 1, apartado c) de la categoría 3 del Escalafón General, según los valores consignados en la Planilla Anexa I, de la Ley Nº 196-A (t.v.), en caso de tratarse de agente profesional universitario y para los casos de agentes no profesionales dicha bonificación especial se calculará como el cincuenta por ciento (50%) de dicho concepto "básico". Por lo que, teniendo presente el Titulo que ostenta la agente Gorostegui – título superior no universitario de conformidad al art. 4º inc. a) de la ley 2277-A Bonificación por Titulo – corresponde se le liquide el pago del 50% y no del 100% que establece el Decreto Nº 4680/19.

3.- Así planteada la cuestión, y en el entendimiento que al acto administrativo en crisis se encuentra firme, consentido y generando efectos jurídicos, no procede la anulación de oficio, a la luz de la doctrina que emana de los arts. 127,128,129 y concordantes de la Ley de Procedimientos Administrativos, y que el remedio procesal para la subsanación de los eventuales efectos que los mismos le ocasionan o le ocasionaran al Estado es la declaración de lesividad del mencionado Decreto Nº 4680/19, tal como es observado por el servicio jurídico del Ministerio de Gobierno y Trabajo en Dictamen Nº 63/20 obrante a fs. 19/20.

En este sentido, la Suprema Corte de Buenos Aires tiene dicho que el ejercicio de la potestad anulatoria de las resoluciones notificadas a los interesados y de las que se derivan derechos subjetivos, se halla necesariamente vinculado a la dilucidación de la regularidad del acto administrativo (Causas "Lauria", sent. del 5-X-1993, "Orellano" sent. del 16-II- 2000), regularidad que no equivale a la ausencia de vicios.

Asimismo, se ha definido la **acción de lesividad** como el *"proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una*

COPIA DIGITAL

entidad pública en relación a un acto que la misma no puede revocar per se y que consiste, fundamentalmente, en legitimar como sujeto activo de la Administración, para demandar la anulación de actos lesivos al ordenamiento jurídico que fueran irrevocables en sede administrativa en la medida en que la insusceptibilidad revocatoria y la demandabilidad de la anulación se refieran, respectivamente, a la insusceptibilidad de la revocatoria con ejecutoriedad propia a la demandabilidad de la ejecutoriedad judicial de la anulación no ejecutoria dispuesta administrativamente" (Comadira, Julio R.; "La anulación de oficio del acto administrativo", 2ª edición actualizada, Bs. As., 1998, págs. 89/90).

En nuestro ordenamiento, el Código de Procedimientos Administrativos la "acción de lesividad" procede tanto en los supuestos de nulidad absoluta como de nulidad relativa, cuando el acto –no obstante la irregularidad- fue notificado y ha generados derechos subjetivos que se estén cumpliendo (salvo que el vicio hubiere sido conocido por el interesado).

En esos casos, la potestad anulatoria de oficio cede, y la Administración debe acudir al mentado proceso judicial sea que "se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales" (art.127, Ley 179-A) o en caso de verificarse la configuración de los graves e insanables vicios tipificados en el art. 126 de la misma ley.

Para demandar la anulación, debe cumplirse el siguiente procedimiento: "a) previo dictamen jurídico y **con intervención y conformidad de Fiscalía de Estado la Administración** formulará declaración de lesividad por razones de ilegitimidad, lo que será irrecurrible en sede administrativa; b) en el mismo acto, se requerirá de Fiscalia de Estado que en el término de 60 días hábiles, contado desde la vigencia de la medida dispuesta, demande ante la Cámara Contencioso Administrativa la anulación parcial o total del acto administrativo (aplicándose al trámite, en lo pertinente, lo dispuesto en la Ley 848 y sus modificatorias para el juicio de ilegitimidad" (art. 129, Ley 179-A).

Como es de ver, entre otros recaudos, constituye un requisito de validez del acto declarativo de lesividad, no sólo la mera intervención sino la conformidad previa de la Fiscalía de Estado, la que no se vislumbra en autos,

4.- Ahora bien, más allá de que el proceso de lesividad conlleva la revisión del acto administrativo (presumiblemente nulo o anulable) por parte del

COPIA DIGITAL

órgano jurisdiccional, antes de ello, es la propia Administración quien pondera la existencia y entidad de los eventuales vicios, de donde se sigue que la declaración administrativa previa, y consecuente autorización para iniciar la acción contencioso administrativa especial, traduce una pretensión anulatoria por razones de ilegitimidad a la cual también resulta aplicable, ya sea por analogía o como norma supletoria, la disposición del actual art. 132 de la Ley 179-A, que establece: *"Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes".*

Cuando la ley incorpora a la equidad en su texto expreso como valor natural que adquiere una dimensión jurídica, imponiendo un límite al ejercicio de las potestades públicas, autoriza a revisar si en tal ejercicio se ha cumplido el límite impuesto (conf. Jesus González Perez, "La buena fe en el derecho administrativo", 1983, pág. 101 y siguientes). A su vez, el factor tiempo desempeña un papel esencial en la ponderación de las circunstancias que justifican el ejercicio de la potestad anulatoria en defensa del interés público que lo autoriza (conf. Fiorini, "Teoría Jurídica del Acto Administrativo").

La ley obliga necesariamente a buscar un equilibrio entre la preservación del orden jurídico comprometido ante la vigencia de un acto para cuyo dictado no hubiere un estricto ajuste a la ley y la equidad frente a los derechos emergentes de ese acto y las prestaciones en vías de cumplimiento.

5.- Por todo lo expuesto, se devuelven las actuaciones para conocimiento y consideración de esa autoridad ministerial, quien –en caso de considerar la declaración de lesividad- deberá requerir la intervención y conformidad de la Señora Fiscal de Estado (art. 129, inc. a) de la Ley 179-A, no sin antes recordar que *"el funcionario competente para decidir la promoción de la acción de lesividad, debe tener en cuenta para ello, los aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia relativos a la misma"* (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 214: 68.

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO

10-02-2021

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

COPIA DIGITAL