DICTAMEN N° 126

REF.: E2-2024-2605-AE Y SUS ASOCIADOS E7-2023-4211-AE; E7-2022-366-AE- GUSTAVO ARIEL FERREYRA S/ RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA EL DECRETO N°66/24.

DE: ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO
DRA. MARÍA ALEJANDRA FERREYRA

A: SUBSECRETARÍA DE LEGAL Y TÉCNICA
PROVINCIA DEL CHACO
DR. JULIO CÉSAR FERRO
SU DESPACHO

De mi consideración:

Acceden las presentes actuaciones a este organismo asesor, a fin de emitir opinión con relación al recurso de revocatoria interpuesto por el Sr. Gustavo Ariel Ferreyra DNI N° 34.055.656, por derecho propio, con domicilio legal constituido, contra el Decreto Provincial N° 66 de fecha 22 de enero de 2024, por el cual se dejó sin efecto su designación en el cargo Sin Nivel de Director de Defensoría del Policía-CEIC Nº 323- Director de Defensoría del Policía- actividad central 1- Actividad Central- actividad específica 1-Conducción Superior-CUOF N° 32- Defensoría del Policía- jurisdicción 7 del ex Ministerio de Seguridad y Justicia, dispuesta por Decreto N° 3088/22.

En el previo y necesario examen de la admisibilidad formal del recurso, se advierte que fue deducido en tiempo y forma conforme los lineamientos previstos en la Ley Nº 179-A "Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia del Chaco", por lo que corresponde avocarse al fondo de la cuestión.

Al expresar sus agravios, el recurrente señala la violación de la carrera administrativa y la irrazonabilidad de la medida dictada al considerar que su designación en el cargo no fue efectuada de manera discrecional y arbitraria, sino mediante Concurso Abierto de Antecedentes y Oposición que el mismo Estado convalidó, al cual se sometió voluntariamente

como partícipe del proceso concursal, generando derechos subjetivos y un derecho adquirido para los seleccionados.

Alega que la Administración Provincial no puede desconocer ahora tales actos regulares, ya que de esa manera incurre en su parecer, en una abierta contradicción y afectación de la doctrina de los "propios actos", la seguridad jurídica y los derechos invocados; que menos aún puede desconocerlos a través de un acto administrativo al que tilda como carente de fundamentos valederos.

Cuestiona, que el acto puesto en crisis pone en evidencia, la endeble estabilidad con la que cuenta el trabajador de la administración pública. Exterioriza que en su caso, es designado en un cargo de la Estructura Orgánico Funcional aprobada por la normativa vigente, por haber ganado el supra mencionado Concurso, y que se ve sometido a la errónea, unilateral y arbitraria decisión política, sin respetar su trayectoria laboral conforme lo establecido en la Ley N° 292-A.

Arguye que el dictado del decreto impugnado, quebranta el ordenamiento jurídico vigente revocando una designación efectuada acorde un procedimiento legal al cual la misma administración se sometió en aras de principios de transparencia y publicidad, amparándose en la temporalidad funcional y el cambio de políticas públicas. Por otra parte, agravia al impugnante el cese en las funciones y su correlato retributivo.

Se afecta el quejoso enunciando la falta de fundamento o motivación que legitime tal decisión, considerando que de la simple lectura del decreto recurrido, se advierte un error inexcusable en la interpretación armónica de las leyes y decretos aplicables al caso, proveniente de una distorsionada y equivocada interpretación por parte del Departamento Escalafones Especiales dependiente de la Dirección General de Recursos Humanos que, erróneamente ponderó que la duración en el cargo está relacionada con una decisión discrecional de la administración.

Estima que los argumentos tenidos en cuenta para disponer el cese de funciones en el cargo, aparecen desprovistos de razonabilidad y considera que la decisión del Poder Ejecutivo adolece de vicios formales que lo tornan nulo de nulidad absoluta e insanable, al carecer de hechos justificativos, es decir, de hechos externos que en forma suficiente sirvan de fundamento al acto

que se dicta. Finalmente funda su derecho, cita doctrina y jurisprudencia, y peticiona.

Desarrollados los agravios expresados liminarmente, cabe puntualizar que el llamado a Concurso Abierto de Antecedentes y Oposición aprobado por Decreto N° 338/21 fue realizado en uso de facultades y atribuciones constitucionales y legales, a fin de otorgar transparencia y calidad institucional, por considerar el entonces Gobernador de la Provincia que constituía la metodología más adecuada e idónea, al dotar a la designación de participación e igualdad de oportunidades para los aspirantes.

Que, el citado instrumento legal reconoce que, a diferencia de otras designaciones, no existen antecedentes que establezcan el proceso de concurso para los cargos de "Director de Control Policial y Director de Defensoría del Policía"; consecuentemente con ello, se aprobó el Reglamento (Anexo I al Decreto), demostrando su excepcionalidad.

Es así, que del organigrama del ex Ministerio de Seguridad y Justicia (Anexo I al Decreto N° 1577/2020) se aprecia de manera inconfundible la ubicación en el "Área Sin Nivel", de la Defensoría del Policía y de la Dirección de Control Policial, equiparándolos al Jefe de Policía y al Servicio Penitenciario y de Readaptación Social, todos considerados como Autoridades Superiores. Por debajo de ellas, se encuentran las Direcciones.

- Ahora bien, el propio impugnante es quien admite expresamente el sometimiento voluntario al proceso concursal, con las formalidades, duración y condiciones establecidas, razón por la cual no puede ahora desconocer los términos de la Resolución N° 1695/21 del ex Ministerio de Seguridad y Justicia por la que se llamó a Concurso para cubrir el puesto de "Director Defensoría del Policía" perteneciente a la estructura de cargos del "Escalafón 1- Autoridades Superiores del Poder Ejecutivo", tal como lo evidencia el Anexo III de la mentada Resolución.

A su vez, las impresiones del Sistema Planta Orgánica Nominal (PON) incorporadas tanto en la e-parte N° 9 de la actuación electrónica N° E7-2023-4211-Ae asociada a la presente, como en la e-parte N° 5 de la actuación principal, demuestran sobradamente que el cargo ocupado por el Sr. Ferreyra desde el 15/12/22 corresponde al "Escalafón 1" (Autoridades Superiores).

Es doctrina del máximo organismo asesor del Poder Ejecutivo Nacional, que los informes técnicos merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables[1], por ende, cabe remitirnos a lo informado por la Unidad de Recursos Humanos del Ministerio de Seguridad (e-parte N° 11), quien brindó mayores precisiones, dando cuenta que si bien parte de la denominación del cargo es la de "Director", pertenece a la estructura del "Escalafón 1- Autoridades Superiores del Poder Ejecutivo Provincial", y que posee código especial de identificación del cargo propio (CEIC N° 323), siendo su remuneración equivalente al 100% de un Subsecretario, no identificándose con el CEIC 1041- 00- Director, concerniente al máximo cargo jerárquico del escalafón 2- Escalafón General, al cual pertenece el personal de planta permanente, dado que según lo normado en el artículo 2° de la Ley N° 196-A dichos nombramientos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la citada normativa.

En ese razonamiento, el acto administrativo cuestionado, no es el resultado de una decisión antojadiza o caprichosa de los funcionarios con competencia para dictarla, sino que se encuentra amparada en un régimen normativo que los faculta y avala.

- Por el contrario, quien incurre en un error de interpretación, al pretender que se aplique indebidamente a su situación, una normativa legal que expresamente lo excluye es el recurrente, por cuanto el artículo 2° de la supra mencionada Ley N° 196-A (Escalafón para el Personal del Poder Ejecutivo) preceptúa: "Quedan exceptuados del régimen de la presente Ley: ... b) Los Ministros Secretarios de Estado, Secretario General de la Gobernación, Subsecretarios, Autoridades Superiores del Poder Ejecutivo...".

Sobre la base de lo antedicho queda despejada toda idea de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta por parte de la Administración que haga viable la vía intentada en la medida en que no se compromete el derecho a la carrera administrativa, entendida como el progreso del agente en los grupos previstos para las distintas categorías[2], pues dicho derecho jamás existió; ni a la estabilidad en el cargo, de la que goza el agente de planta permanente de la Administración Provincial[3], situación que no comprende al impugnante respecto a la designación cuestionada; tampoco le asiste razón sobre su correlato retributivo,

[1] (v. Dictámenes 207:343; 252:349; 253:167; 283:148; 302:73 entre otros).
[2] Artículo 6° de la Ley N° 196-A (antes Ley 1276).
[3] Conf. Artículos 4° inc. 1 y 23° inc. 1 de la Ley N° 292-A; artículo 8° inc. a) de la Ley 293-A.

afectación meramente hipotética, **puesto que no se puede percibir sueldo por servicios no prestados**[4].

Cabe dejar en claro, que la más calificada doctrina nacional, sostuvo que la designación transitoria en "cargos extraescalafonarios", los que, como la propia denominación lo indica, comprenden funciones que no se encuentran incorporadas en el escalafón, aunque a nivel remunerativo tienen un grado de jerarquía equivalente a nivel de Secretaría, Subsecretaría o Coordinación[5], y carecen de estabilidad.

La Procuración del Tesoro de la Nación proclamó: "Ello es así debido a que cuando una designación posee carácter transitorio, ese nombramiento no le otorga al interesado un derecho adquirido al cargo y, en consecuencia, la Administración –en virtud de las facultades discrecionales que posee- puede disponer su remoción"[6].

- En las condiciones indicadas, queda demostrado que el impugnante siempre fue consciente de los términos y sobre todo de la temporalidad de su designación, situación que se confirma con el pedido de Licencia sin Goce de Haberes por Ejercicio de Función Superior[7] desde el 15 de diciembre de 2022 (fecha en la que fue designado conforme Decreto N° 3088) y "hasta que se disponga el cese en su designación en el cargo Sin Nivel de Director de Defensoría del Policía", la que fue concedida conforme RES-2023-51-2-4 (v. e-parte N° 7 de la actuación electrónica N° E7-2023-4211-Ae).

Además, tratándose de un profesional del derecho, no puede atribuirse el desconocimiento de la normativa aplicable, de modo tal que su falta de oposición o impugnación contra el Decreto N° 3088/22, en el momento procesal oportuno y dentro de los plazos establecidos, resulta un claro consentimiento y conformidad plena a los términos del mismo, esto es, a su designación a partir de la fecha del Decreto "y hasta tanto se disponga lo contrario", en el cargo "Sin Nivel".

[4] Bielsa, R. (1964). Derecho Administrativo. Tomo II. La Ley. Pág. 174.
[5] Ivanega, M. (2019). "Empleo Público". Pág. 257.
[6] PTN, Dictamen 251:91.
[7] Conf. artículos 45 y 46 de la Ley N° 645-A.

En este sentido, del informe agregado a estos actuados, surge que el agraviado no ha objetado ni presentado recurso alguno contra el aludido acto administrativo, ni ha aportado prueba alguna que indique lo contrario.

Como es sabido, "a tenor de la teoría de los actos propios nadie puede alegar un derecho que esté en pugna con su propio actuar: "nemo potest contra factum venir". Su fundamento reside en que el ordenamiento jurídico no puede tolerar que un sujeto pretenda ejercer un derecho en abierta contradicción con una conducta suya previa que engendra confianza respecto del comportamiento que se iba a observar en la relación jurídica"[8].

- Tampoco puede prosperar el agravio formulado en torno al vicio en la motivación. Así, la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican su dictado.[9]

En el ámbito nacional se tiene dicho que debe considerarse que existe motivación suficiente si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción "...dado que a las actuaciones administrativas debe considerárselas en su totalidad y no aisladamente, porque son parte integrante de un procedimiento y, como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí y el acto administrativo puede integrarse con los informes y dictámenes que lo preceden".[10]

"Cuando una norma otorga expresamente una facultad discrecional al Poder Administrador, el requisito de la motivación se cumple con la invocación del respectivo precepto. Así, la exigencia de la motivación no implica sustentar un ritualismo excesivo, y tal exigencia no puede desvincularse de la amplitud de las facultades ejercidas por la Administración..." (conf. Fallos 311:1206)[11].

Pese a los esfuerzos del recurrente, su argumentación, evidencia su mera discrepancia con la decisión adoptada, que de manera alguna cuenta con sustentos jurídicos y fácticos suficientes como para enervar su legitimidad.

[8] PTN. Dictámenes 251:106.
[9] Cassagne, J. C. Derecho Administrativo, T° II, pág. 113, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2004.
[10] PTN. Dictámenes 304:460, 199:427, 209:248 259:42, entre otros.
[11] PTN. Dictámenes 264:83.

- Vale decir, que a través del planteo recursivo, no se pretende otra cosa más que tergiversar la adecuada interpretación de las normas que definen los derechos que refiere conculcados, avanzando sobre reservas discrecionales de la Administración en el quehacer de la gestión pública y formulación de las políticas que resulten inherentes, máxime en la designación de funcionarios como el presente "Director de Defensoría del Policía", que implica la intervención de personas de máxima idoneidad y confianza del Ministro de la cartera de Seguridad, para llevar adelante la política pública a adoptarse por el gobierno en gestión, lo que se condice ampliamente en su designación como Autoridad Superior y su remuneración equivalente al 100% del rango de Subsecretario.

A la luz de tales consideraciones, atañe observar que, en el caso en concreto, los antecedentes de hecho y derecho que llevaron a emitirlo, así como la enunciación de las razones que han determinado su dictado, surgen nítidamente de las actuaciones.

- A similar conclusión cabe arribar respecto al agravio sobre la falta de razonabilidad en la decisión adoptada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha entendido la razonabilidad como el examen de proporcionalidad entre los medios arbitrados por el legislador para alcanzar los fines propuestos por la norma, pero no el análisis de la elección de los medios ni su eficacia, ya que ésta resulta una cuestión política no justiciable[12].

"La zona de discrecionalidad estatal está dentro del marco jurídico y por lo tanto del control judicial con el límite de que el juez no puede sustituir al Poder Ejecutivo cuando éste elige una de las soluciones normativamente posibles en términos justificados y razonables, según su propio criterio de oportunidad y mérito. Así, la decisión del Poder Ejecutivo es válida e irremplazable...".[13]

En ese entendimiento, el actuar de la Administración se ciñó conforme a las facultades que le cabe ejercer en el marco de sus atribuciones, plenamente legítimas y razonables.

[12] CSJN, "Cine Callao", 22-06-1960, Fallos 247:121.
[13] (Cfr. Balbín, Carlos F., "Manual de Derecho Administrativo", Editorial LA LEY, 2015).

- Asimismo, compete dilucidar sobre la desacertada calificación de nulidad del acto que realizó el recurrente, atento a que no se puede alegar la nulidad por la nulidad misma; lo que significa que, para impugnar la validez de un acto administrativo, no es suficiente pretextar que tiene defectos o vicios formales, sino que debe demostrar cómo esos supuestos defectos afectan materialmente la legalidad y protección de los derechos involucrados, lo que no ocurre en el particular.

"Las nulidades de los actos administrativos deben analizarse de modo restrictivo y, en principio, prefiriendo la subsistencia y validez del acto atacado. Ello, naturalmente, cuando no se pone en juego de modo sustancial –y no meramente formal- el derecho de defensa de quien ataca el acto. Ciertamente, si el fundamento en que se apoya la pretensión nulificadora es sólo formal, se estaría en presencia de la perniciosa "nulidad" por la nulidad misma"[14]

Con cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, opinó la Procuración del Tesoro de la Nación que, en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, se presume que toda la actividad de la Administración guarda correspondencia con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente.[15]

- Para finalizar, llama la atención la omisión por parte del reclamante a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto N° 3088/22 (de su designación), que determina (a los fines de la validez del acto) dar cuenta a la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco para el pertinente acuerdo en lo que se refiere específicamente a la designación del Defensor del Policía, conforme a lo establecido en el artículo 102 de la Ley N° 2011-J, ratificación legislativa que no operó según los informes obrantes en la e-parte N° 12 de la actuación electrónica N° E7-2023-4211-Ae, lo que importa que el mismo no fue perfeccionado, y determina la inexistencia de derechos subjetivos a favor del recurrente de ninguna naturaleza.

Tiene dicho la jurisprudencia sobre el tema que: "El acto "ad-referendum", es el dictado por un funcionario incompetente para que sea aprobado por la autoridad competente, por lo que, en rigor, constituye un mero

[14] (conf. Dict. 256:134; 262:548; 241:391).
[15] (Dictámenes, 245:501, v. Fallos 319:1476, Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina).

acto preparatorio, un proyecto sin efecto jurídico alguno hasta tanto la autoridad competente adopte alguna decisión a su respecto. No es un acto nulo, en razón de que el órgano incompetente no tiene voluntad de dictarlo para que produzca efectos jurídicos y por ello, no cabe entenderlo como un acto viciado; la voluntad del superior de dictar el acto propuesto no importa pues "convalidación" -por la que se sanea un acto administrativo anulable por vicio de incompetencia, manteniendo los efectos ya existentes- ni "aprobación" -supuesto en el cual el acto sujeto a aprobación es válido (por haber sido dictado por funcionario competente), pero no ejecutorio-, sino un acto nuevo de efectos constitutivos, es decir, para el futuro."[16] En igual sentido: "El acto ad referéndum en sentido estricto ha sido descripto como aquel en que el órgano que dictó el acto originario no es competente para hacerlo."[17]

- Por tanto, del recurso en análisis no surgen alegaciones fácticas ni jurídicas que permitan y/o habiliten revocar por ilegítimo el acto administrativo impugnado.

De tal suerte, este organismo asesor, entiende que el acto del cual se agravia el recurrente resulta plenamente legítimo, que la decisión fue adoptada dentro de los límites fijados para el ejercicio de las facultades normativas y reglamentarias de aplicación al caso y se inscribe dentro del plexo de atribuciones normales de organización y dirección que posee el Gobernador de la Provincia, y no habiéndose violentado en modo alguno las garantías constitucionales invocadas por el presentante, corresponde rechazar por improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por el Sr. Gustavo Ariel Ferreyra, DNI N° 34.055.656, contra el Decreto Provincial N° 66/24.

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO.

05 MAR. 2024

Dra. MARIA ALEJANDRA FERREYRA
Asesora General de Gobierno
PROVINCIA DEL CHACO

[16] (cfr. Gordillo, "Tratado de Dcho. Adm.", T. 3, cap. VIII, nº 11.2). (Consid. IV. 2.4, nota 1).
[17] Fallo Herpazana S.R.L. C/ Banco De La Nación Arg. S/ Contrato Administrativo Sentencia. Cámara Nac. Apelac. en lo Contencioso Administrativo Federal, 23/11/1995.