



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Expte N° 248-A-2009- 01029 "ADARME ESTARRIOLA JUAN
DAVID s/ RETIRO OBLIGATORIO

Al Señor

Fiscal de Estado Subrogante

Dr. Javier Alberto Fernández

S / D

Vienen esas actuaciones para que Fiscalía de Estado emita opinión con relación a lo dictaminado a fs. 256.

Para una mejor solución del caso, realizaremos una breve síntesis de las cuestiones relevantes a tal fin, la crítica de la opinión vertida por la O.T.P. y la solución que se entiende correcta al caso.

I- Que a fs. 227, con fecha 22 de mayo de 2012, el actor interpone aclaratoria contra el Decreto n° 533/2012 que le fuera notificado el 17 de Mayo de 2012 (fs. 226), alegando como concepto oscuro a enmendarse que ha sido declarado inepto para la función policial, siendo considerada su patología invalidante por el órgano competente del Ministerio de Seguridad "Acto de Servicio" y el P.E., en el Decreto referido, consigna que conforme lo dictaminado por la OTP, la patología es de origen inculpable, lo que denota una marcada contradicción, implicando una incongruencia entre dos organismos dependientes del P.E. provincial.

Que otro hecho que demuestra que la incapacidad es considerada Acto de Servicio, es que su baja obligatoria es dispuesta por el mismo P.E. a través del Sr. Ministro de Seguridad al haber agotado el máximo



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

de licencia para el tratamiento de salud, encuadrada dentro del art. 218 inc.1) de la Ley nº 6722, ello conforme a las conclusiones elevadas oportunamente por la Junta Médica Policial y en las que se fundamentó la Junta Sumarísima de Actos de Servicios para declarar que la invalidez debe ser considerada como acto de servicio, aunque luego en la Junta Médica integrada de la OTP el representante médico de la policía firma lo contrario.

Por lo expuesto entiende que existe error material en la normativa de otorgamiento que su juicio debe ser el artículo 14 inciso a) o b) de la ley nº 4176.

II- A fs. 252, luego de pedido de tratamiento que realiza el interesado a fs. 250, la Sra. Gerente General de la OTP manifiesta que la pretensión deducida dista de ser una aclaratoria, habida cuenta que persigue una modificación esencial del acto. Cita en apoyo del rechazo lo resuelto por la Excma. Suprema Corte de la Justicia en los autos nº 90.251 "Terranova Rizzo Ángel José c/D.G.E. s/ A.P.A"

III- A fs. 254 el interesado pide se le imprima al recurso el tratamiento de ley, elevándose al P.E. para que lo resuelva.

IV- A fs. 256 dictamina el Dpto. Jurídico de la O.T.P. ratificando el criterio de Gerencia y circunscribiéndose específicamente a la vía impugnativa intentada, estima que corresponde admitir el recurso desde el punto de vista formal y rechazarlo sustancialmente.

V- Que el rechazo sustancial recomendado es erróneo en un doble sentido:

a) Lo referido a la vía recursiva intentada es una cuestión formal;

b) Siendo el recurso impetrado, conforme surge de su texto y es expresamente reconocido por el órgano de asesoramiento jurídico a fs. 256 como "impugnativo", corresponde a la Administración calificar al mismo conforme a derecho, por lo que de imprimírsele trámite de "revocatoria" y no de "aclaratoria"

No cabe duda que si el recurso de aclaratoria ha sido presentado en tiempo (la notificación fue el jueves 12 de Mayo de 2012 y la



interposición el martes 22 de Mayo del mismo año), con mayor razón lo es temporalmente respecto del de revocatoria (art. 177 de la ley nº 3909).

El presentante ha calificado al escrito obrante a fs. 227 como Aclaratoria. En virtud del principio de informalismo a favor del administrado, se debería proceder a dar el tratamiento administrativo al mismo como Recurso de Revocatoria en los términos del art. 177 de la Ley Nº 3909.

Respecto a las manifestaciones del principio del informalismo a favor del administrado, dicen SARMIENTO GARCÍA- PETRA RECABARREN que: "Distintas aplicaciones de este principio son, v. gr., no dar por decaídos derechos u obstaculizar el curso de reclamaciones administrativas por el hecho de no haber calificado jurídicamente la petición o haberla calificado erróneamente; no haber citado las normas en que se funde el derecho (caso del inciso "b" del art. en examen); si ha incurrido en algunas fallas formales que la administración puede corregir [...]" y continúan diciendo "El derecho procesal administrativo crea instituciones y principios específicos que tratan que el administrado no quede frustrado en sus derechos por el erróneo cumplimiento o interpretación de sus normas¹.

Es oportuno asimismo, traer a colación las enseñanzas de GORDILLO, expresando que: "La convalidación de la pérdida de derechos importantes del particular ante la administración, por simples cuestiones formalistas, no representa el recto ejercicio de un poder jurídico. Esto es actuar en forma injusta e irrazonable pues no existe en esos casos gravamen ni alzamiento contra la autoridad por el particular reclamante. La presunta referencia a la preclusión procesal con que a veces se pretende justificarlo es tan absurda como inconcebible."

En idéntico sentido se ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación al expresar "Hay que interpretarlo a favor del administrado, pues traduce la regla jurídica del in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción, para

¹ "Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza Nº 3909", pág. 192 Comentando el art. 129, Ed. Augustus, Mendoza, 1979.



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

*asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento*².

Este tipo de recurso (regulado en los arts. 177 y 178 de la Ley N° 3909 y mod.) es aquella petición que se interpone ante la misma autoridad que dictó el acto, para que lo modifique o extinga por contrario imperio, teniendo en principio un objetivo amplio; es decir que puede referirse a cuestiones de oportunidad como de legitimidad³ y según los principios generales, procede tanto para la defensa del derecho subjetivo como del interés legítimo, este último interpretado con criterio amplio.

En el comentario al art. 186 los autores mencionados vuelven a citar a Marienhoff Tratado I-709, cuando dice: *"La errónea calificación del recurso deducido, realizada por el recurrente, no vicia ni enerva su petición, puesto que, de acuerdo a la teoría de la calificación jurídica, los actos y contratos tendrán la denominación correspondiente a su naturaleza y no la que erróneamente le atribuyan las partes intervinientes. Cuando eso ocurra, el principio iura curia novit -de aplicación general- permitirá que la Administración le dé trámite al recurso promovido, de acuerdo a la verdadera índole del mismo"*

El mismo autor cita un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación en el que se expresó: *"Debo hacer presente que el error cometido por el recurrente no perjudica la viabilidad del recurso jerárquico, conforme con una reiterada doctrina administrativa en el sentido que los recursos administrativos han de interpretarse conforme la intención del recurrente, aunque los haya calificado erróneamente, bastando que durante el plazo reglamentario haya expresado su voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento"*.

² P.T.N.; Dictámenes 39:115; 66:225; 70:210; 73:69; 74:302.

³ Marienhoff, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, 1965, Ab. Perrot, pág. 652, conf.: Sayagués Laso, Enrique "Tratado de Derecho Administrativo", Altuna, 1959, Tomo I, pág. 472 citados en García y Petra Recabarren, "Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza Comentada",



El informalismo en favor del administrado también ha tenido reconocimiento por nuestra Suprema Corte de Justicia Provincial cuando ha sostenido que: *"El informalismo en favor del administrado rige en la provincia aunque el ordenamiento mendocino no contenga norma expresa que lo conceptualice. Cualquier duda en el curso del procedimiento referida a exigencias formales, tiene que interpretarse a favor del administrado y de la viabilidad del recurso en su caso..."*⁴.

c) Sin perjuicio de lo expresado, asiste parcialmente la razón al dictamen de la Gerencia General de fs. 252 de la O.T.P. en cuanto asevera que no es recurrible la decisión del Poder Ejecutivo en tanto el interesado ha sido parte en el procedimiento.

Así lo afirman Sarmiento García-Petra Recabarren en el comentario al art. 177 cuando manifiestan en la página 231: *"... 3º) El Gobernador, culminando un procedimiento en el que ha tenido intervención el administrado respetando el principio del debido proceso con todas sus consecuencias, dicta un acto que lo afecta; tal acto causa estado y, en su caso, abre el contencioso sin que sea menester ni procedente el recurso de revocatoria previa a la acción jurisdiccional..."*.

Sin embargo, tal como lo ha puesto de resalto esta Dirección de Asuntos Administrativos en el dictamen 21/09/10 en Expte nº 182-D-07—30017-N-08 "Benegas Carmen Elisa s/ Recurso de alzada contra la Resolución nº 399/07 DPV", corresponde en virtud de lo expuesto, proceder a materializar el rechazo FORMAL, sin introducirse en el análisis de las cuestiones sustanciales, con el objeto de circunscribir el objeto de la litis que eventualmente se discuta en vía judicial (cuestión de forma) en atención a la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia en el leading case "Terranova", en el cual el máximo tribunal provincial ADMITIO dar tratamiento a las cuestiones de fondo interpuestas por el actor a pesar de que la parte resolutoria del Recurso deducido había rechazado la pretensión del particular

⁴ S.C.J. Provincial. Expte. N°45367 -ALVAREZ OMAR R. MUNICIPALIDAD DE SAN RAFAEL ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA Fecha: 27/07/1990 -SALA N°1. LS216-167.



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

por cuestiones FORMALES, con fundamento en que las cuestiones sustanciales habían sido tratadas en los considerandos (*Expte n° 90.251, caratulado "Terranova Rizzo, Ángel José c/ D.G.E. s/ A.P.A., 17/10/07- con expresa remisión al caso "Fiochetti c/ DGE s/* APA, N° 63.419, 10/09/98).*

En efecto, consideró el tribunal que... "conforme los precedentes citados en el caso se advierte que aun cuando la demandada resolvió el rechazo in limine del recurso deducido, el contenido de la resolución se asemeja más a aquellas que acogen formalmente el planteo pero lo rechazan sustancialmente, y por ello corresponde aplicar la misma solución dada en los autos ya citados "Fiochetti..."; para continuar expresando que:..."*En efecto, en la resolución N° 722-DGE-2007, la Dirección General de Escuelas no procedió a un mero rechazo formal o in limine del recurso de revocatoria deducido, sino que analizó sustancialmente el mismo, dando las razones de fondo para rechazar el reclamo. Así, señala la resolución dictada que "a mayor abundamiento, y respecto del fondo del asunto, en interesado arguye dos cuestión concretas: el vencimiento del plazo que tenía la administración para resolver, y la imposibilidad de la sanción impuesta atento a que al momento de su resolución ya no era más empleado público" y a continuación le trata ambas cuestiones de fondo ..."*(considerando II, párrafos cuarto y quinto).

d) En consecuencia, se discrepa en cambio, respecto de la naturaleza del rechazo, ya que el órgano asesor considera que debe admitirse en lo formal (dictamen de fs. 256), cuando corresponde el **rechazo formal** en virtud de los argumentos vertidos ut. supra (punto V- c), sin dar tratamiento a las cuestiones sustanciales planteadas, o lo que es lo mismo, no rechazarlo sustancialmente, conforme la doctrina que emana del caso "Terranova" precedentemente citado.

VI- Por lo expuesto esa Dirección de Asuntos Administrativos considera:

a) El recurso debe ser calificado por la administración como de revocatoria, al ser claramente impugnativo, en contra del Decreto n°



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

nº 533/2012 y así consignarse expresamente, en el marco del principio de "informalismo a favor del administrado" (punto V-b).

b) El mismo deberá rechazarse en lo formal, al no existir recurso en contra de una declaración dictada por el Gobernador de la Provincia en la que el interesado intervino (art. 178 de la ley nº 3909), conforme lo expresado ut supra (punto punto V-c y d).

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado, 27 de Diciembre de 2013.

Dictamen N° 401 Lgu/aa

Mis documentos/Dictámenes Dr. Guevara

Mendoza, 27/12/13.

Compartiendo el suscripto el criterio sostenido por el Sr. Director de Asuntos Administrativos en dictamen nº 401 de fecha 27 de Diciembre de 2013 que antecede, pasen estas actuaciones al Sr. Coordinador Ejecutivo de la Oficina Técnica Previsional.

Mendoza, 27 de Diciembre de 2013