



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

**Ref.: Expte. N° 3236- D- 2015
05179.- DENUNCIA SINDICATO
UNICO TRABAJADORES DEL IPV
MENDOZA - SOLIC.INTERV.DE F.E
ANTE EL DIRECTORIO DEL I.P.V. REF.
NOMBRAMIENTOS IRREGULARES DE
AGENTES A PLANTA PERMANENTE
MEDIANTE RES.N°. 649, 650, 651 Y
653/15**

Señor

FISCAL DE ESTADO

Doctor FERNANDO SIMON:

Las actuaciones administrativas de la referencia han sido remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado para su intervención y dictamen en relación a la denuncia iniciada por el SINDICATO UNICO TRABAJADORES DEL I.P.V MENDOZA sobre los nombramientos en planta permanente del Estado de los agentes Ansaldi, Quiroga, Briceño y Piantini en el Instituto Provincial de la Vivienda (en adelante I.P.V).

Se acompaña junto con la denuncia acreditación de personería del denunciante, copia de las resoluciones de nombramiento N°. 649, 650, 651 y 653/15 y resolución N° 967 de reserva de cargo -conjunta para todos los agentes- todas del I.P.V. No se acompañan las licencias sin goce de sueldo a que hace referencia la misma. Se solicitó oportunamente por parte de esta Dirección de Asuntos Administrativos la remisión de los expedientes originales de nombramiento de los agentes con informe circunstanciado de la repartición de origen a fs. 18, (nota 2015-403) y se remitió copia de los siguientes expedientes: Expte. N° 375-S-2015-3794,

Expte. N° 1309 -S- 2015 -3794, Expte. N° 872 -S- 2015- 3794 y Expte. N° 1308 -S -2015 -3794.

I- Los casos particulares:

1) PIANTINI, ARIEL FERNANDO

Expte. N° 375/S/2015 – Resolución de nombramiento del IPV N° 649

El trámite cuenta con el visto bueno del Gobernador a fs. 2 (en cumplimiento de lo establecido por el Decreto N° 285/15, en su art. 1), con dictamen legal y con volante de imputación preventiva a fs. 11, planilla a fs. 12 y cálculo presupuestario a fs. 13, (el cual no requiere intervención de la C.G.P. por lo dispuesto en el art. 81 de la ley 8706, tal como lo indicaba el art. 6 de la Ley 5806)

- El designado tiene título profesional de arquitecto, que acompaña a fs. 7.
- Se le genera reserva de empleo por resolución N° 967/15 del directorio del IPV (en fecha 22 de junio) acompañada a fs. 4 de la denuncia.
- Se lo designa en la clase inicial del régimen 15 del escalafón pertinente (Ley 5465) a fs. 47/9 por Res. N° 649/15.
- El Decreto N° 852 a fs. 58 ratifica la resolución de nombramiento del IPV atento a lo dispuesto en el art. 21 (congelamiento de vacantes) y 23 (incremento salarial) del decreto N° 1902/14.
- El decreto N° 858 a fs. 59 otorga el cargo de fuera de nivel sin fundamentación alguna.

2) ANSALDI MARIANA GRACIELA

Expte. 1309 -S- 2015 3794 – Res. de designación N° 651 en el I.P.V

Tiene visto bueno del Gobernador decreto N° 285, art. 1, a fs. 1, cuenta con dictamen legal, con volante de imputación preventiva a fs. 28, planilla a fs. 29/30 y cálculo presupuestario a fs. 31, que no requiere intervención de la CGP por lo dispuesto en el art. 81 de la 8706, tal como lo indicaba el art. 6 de la Ley 5806



- Se la designa en la clase inicial del régimen 15 del escalafón pertinente (Ley 5465) a fs. 52/4 por Res. 651.
- Ratificación del PE (art. 21 y 23 del decreto N° 1902/14) por decreto 852 de fs. 56.
- Se genera reserva de empleo por resolución N° 967/15 del directorio del IPV (22 de junio) la que se acompaña a fs. 4 de la denuncia.
- El decreto N° 858 a fs. 59 otorga el cargo de fuera de nivel sin fundamentación alguna.

3) QUIROGA, HUGO LUIS

Expte N° 872 -S- 2015- 3794

- Tiene visto bueno del Gobernador decreto N° 285/15, art 1 a fs. 1
- Presenta título de ingeniero civil a fs. 4

Cuenta con dictamen legal, tiene volante de imputación preventiva a fs. 27, planilla a fs. 28 y cálculo presupuestario a fs. 29, que no requiere intervención de la CGP por lo dispuesto en el art. 81 de la 8706, tal como lo indicaba el art. 6 de la Ley 5806

- Ratificación del PE (art. 21 y 23 del decreto 1902/14) por decreto N° 852 a fs. 56
- Se genera reserva de empleo por resolución 967/15 del directorio del IPV (22 de junio) que se acompaña a fs. 4 de la denuncia
- Se lo designa en la clase inicial del régimen 15 del escalafón pertinente (Ley N° 5465) a fs. 51/3 por Res. 653.
- El decreto N° 858/15 a fs. 59 otorga el cargo de fuera de nivel sin fundamentación alguna.

4) BRICEÑO MIREYA DIAZ

Expte. 1308 -S- 2015- 3794



- Se la designa en la clase inicial del régimen 15 del escalafón pertinente (Ley 5465) a fs. 52/4 por Res. 651.
- Ratificación del PE (art. 21 y 23 del decreto N° 1902/14) por decreto 852 de fs. 56.
- Se genera reserva de empleo por resolución N° 967/15 del directorio del IPV (22 de junio) la que se acompaña a fs. 4 de la denuncia.
- El decreto N° 858 a fs. 59 otorga el cargo de fuera de nivel sin fundamentación alguna.

3) QUIROGA, HUGO LUIS

Expte N° 872 -S- 2015- 3794

- Tiene visto bueno del Gobernador decreto N° 285/15, art 1 a fs. 1
- Presenta título de ingeniero civil a fs. 4

Cuenta con dictamen legal, tiene volante de imputación preventiva a fs. 27, planilla a fs. 28 y cálculo presupuestario a fs. 29, que no requiere intervención de la CGP por lo dispuesto en el art. 81 de la 8706, tal como lo indicaba el art. 6 de la Ley 5806

- Ratificación del PE (art. 21 y 23 del decreto 1902/14) por decreto N° 852 a fs. 56
- Se genera reserva de empleo por resolución 967/15 del directorio del IPV (22 de junio) que se acompaña a fs. 4 de la denuncia
- Se lo designa en la clase inicial del régimen 15 del escalafón pertinente (Ley N° 5465) a fs. 51/3 por Res. 653.
- El decreto N° 858/15 a fs. 59 otorga el cargo de fuera de nivel sin fundamentación alguna.

4) BRICEÑO MIREYA DIAZ

Expte. 1308 -S- 2015- 3794

- El trámite tiene visto bueno del Gobernador (decreto N° 285/15 art 1 a fs. 1)
- Ratificación del P.E. (art. 21 y 23 del decreto 1902/14) por decreto N° 852 a fs. 78
- Cuenta con dictamen legal, tiene volante de imputación preventiva a fs. 50, planilla a fs. 51/2 y cálculo presupuestario a fs. 53, que no requiere intervención de la CGP por lo dispuesto en el art. 81 de la 8706, tal como lo indicaba el art. 6 de la Ley 5806
- Se le genera reserva de empleo por resolución 967/15 del directorio del IPV (22 de junio) que se acompaña a fs. 4 de la denuncia
 - Se la designa en la clase inicial del régimen 15 del escalafón pertinente (Ley 5465) a fs. 74/6 por Res. N° 650.
 - El decreto N° 858/15 a fs. 59 otorga el cargo de fuera de nivel sin fundamentación alguna.

II -ANALISIS JURIDICO DE LAS DISPOSICIONES QUE DISPONEN EL INGRESO AL I.P.V. DE LOS AGENTES DENUNCIADOS.

Se dará tratamiento en este acápite a los condicionamientos que rigen el ingreso a la administración pública provincial, a la luz de antecedentes ya emitidos por esta Dirección de Asuntos Administrativos donde se da tratamientos a requerimientos de tipo general y con especial referencia a los puntos específicos contenidos en la denuncia que genera las presentes actuaciones.

a) El ingreso al Estado sin realización previa de concurso. La cuestión de la idoneidad

Esta Fiscalía tiene presente tanto la Ley de Concursos para ingresar a la Administración (Ley N° 7970 y su Decreto Reglamentario N° 1112/11) como la Ley N° 5126 que también exige como requisito en su articulado dicho procedimiento de selección. No obstante, del análisis de las resoluciones del I.P.V. remitidas, surge que los agentes incorporados lo han sido en "*forma interina*" hasta tanto se llame a concurso, por lo que no se encuentra configurada irregularidad administrativa alguna en ese sentido. (conf. Dictámenes N° 940/15 y 1096/15 de esta Dirección de Asuntos Administrativos)



En relación al requisito de la idoneidad (art. 16 CN) cabe destacar que, como también lo ha manifestado esta Fiscalía (específicamente para los casos de ingreso por acuerdos paritarios ratificados legislativamente) la cuestión de la idoneidad debe analizarse en cada caso concreto, sin que sea necesariamente el concurso el único modo de acreditar la misma. (conf. Dictamen..... fecha 15/7/15, página 8 último párrafo)¹

Tiene dicho nuestra Corte en este sentido: *"El cargo público se confiere en base a la idoneidad considerada objetivamente, siendo ésta una aptitud o capacidad expresamente requerida tanto por la Constitución Nacional (art. 16 apartado 2º) como por la Constitución Provincial (art. 30 párrafo 1º), y es una exigencia corroborada por el art. 10 del Estatuto del Empleado Público. Así Bielsa dice: "la idoneidad con relación al empleo o función consiste en la aptitud intelectual, profesional, técnica para el desempeño de las funciones inherentes al cargo. La demostración de esta calidad puede hacerse...por posesión de título de estudio, por examen de competencia u otra análoga" (Bielsa, Rafael "Ciencia de la Administración", Depalma, Buenos Aires, 1955)."*²

b) La Ley 7.314 de Responsabilidad Fiscal: Se destaca asimismo que las Resoluciones del I.P.V de nombramiento de personal han sido emitidas antes del plazo de restricción impuesto por el art. 46 de la Ley 7.314, por lo que se habría cumplido con el marco legal de ingreso y no estarían alcanzadas por las prescripciones del art. 46 de la Ley N° 7.314 ya citada y el Decreto N°2279/11.

¹ A mayor abundamiento, en relación al requisito de la idoneidad, cabe tener presente la reciente causa resuelta por la C.S.J.N., en virtud de la cual se deja sentada la doctrina de que no necesariamente el concurso es la única forma de acreditar la misma. Allí se manifiesta, en lo nos interesa que *"Por un lado, la exigencia de concurso para acceder a este tipo de cargos no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la administración comunal. Ello es así, pues el artículo 60, inciso e, de la Ley Orgánica de Municipalidades 4233 no ha sido reglamentado en la Municipalidad de Du Graty y no hay una norma específica en esta Comuna que imponga tal requisito. Por otra parte, se encuentra debidamente acreditado que, con excepción de la agente Martha Ileana Montes -cuya antigüedad era de cuatro años-, los restantes empleados se habían desempeñado en planta transitoria durante más de ocho años (ver resolución 364/2000 del intendente de la Municipalidad de Coronel Du Graty y fojas 5/69 del expediente "Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Cnel. Du Graty s/ medida cautelar innovativa", que se encuentra agregado a esta causa). Ello implica que la decisión de incorporar a estos agentes a la planta permanente no puede calificarse, en los términos utilizados en los precedentes citados, como "dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados". Es que, en definitiva, la ordenanza 375/03 tuvo la intención de cumplir con la manda constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional teniendo en cuenta que, según el criterio adoptado por esta Corte en Fallos: 333: 311 ("Ramos"), la conducta de la municipalidad podría haber generado en los actores una legítima expectativa de permanencia laboral, merecedora de la protección contra la ruptura discrecional del vínculo por parte de la administración. "*

² Causa N° 96.671, caratulada: "PONCE MARÍA JORGELINA C/ PROV. DE MENDOZA S/ A.P.A. del 9/9/2010, Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia

c) Ingreso por la clase inicial del tramo correspondiente, dictamen jurídico previo y volante de imputación preventiva: por otra parte, y como se ha detallado en el análisis de cada uno de los casos los expedientes cuentan con dictamen legal, volante de imputación previo a la emisión de la norma y emitido fuera del plazo de veda del art. 46 e la Ley N°7.314³ y los agentes ingresan en todos los casos por la clase inicial del escalafón correspondiente (régimen 15) cumpliéndose así con los parámetros establecidos en los Dictámenes N° 940/15 y 1096/15 de esta Dirección de Asuntos Administrativos y de la normativa a la cual en los mismos se remite.

d) **Análisis de los elementos constitutivos de los actos administrativo contenidos en las Resoluciones N° 649, 650, 651 y 653/15 del IPV (en el marco de la normativa vinculada Resolución N°967/15 y Decretos Nros 852/15 y 858/15).**

En los cuatro expedientes remitidos a esta Dirección se observa que los actos administrativos de designación en el I.P.V han sido emitidos siguiendo una secuencia lógico-temporal que responde a una -por lo menos- irregular serie _de disposiciones, teniendo en especial consideración el conjunto normativo que se configura con el dictado además de la Resolución N° 967/15 del mismo instituto y los Decretos Nros 852/15 y 858/15 del Poder Ejecutivo Provincial.

d.1) Desviación de poder: del análisis de los antecedentes surge que se designa a los agentes en un cargo fuera de nivel **inmediatamente después de haberse hecho designación en planta en el I.P.V. con la subsiguiente reserva de empleo.** Cabe resaltar que se aduce, para fundamentar la necesidad de designación en el cargo en planta, la existencia del denominado "*Plan Estratégico 2012/6*" del I.P.V, tarea que además resulta consignada a fs. 1 de los expedientes involucrados como "imprescindible" para el norma desarrollo del mismo, pero los mismos agentes son designados, en todos los casos, luego de un exiguo lapso temporal de vigencia de la normas antedichas, en el cargo fuera de nivel, para cumplir funciones en áreas completamente distintas al mismo I.P.V. El análisis objetivo de la secuencia jurídico temporal del dictado de los actos aludidos trasunta la

3 Que no necesitan, por ser un ente descentralizado, el control de la Contaduría General de la Provincia en virtud de lo dispuesto por el art. 81 segundo párrafo de la ley 8706 de Administración Financiera, y tal como lo indicaba su antecedente el art. 6 de la Ley 5806.



real motivación y finalidad de los mismos que sería, tal como se afirmó en la denuncia, garantizar la permanencia en el Estado de los agentes al final de la gestión de gobierno.

Adviértase por otra parte que ni siquiera hay fundamentación en el Decreto N° 858/15 (es decir en el de las designaciones para cargos fuera de nivel) a los efectos aclarar esta irregular situación y justificar -al menos- por qué no continúan trabajando dichas personas en el Plan Estratégico 2012/6 citado, donde se consideraban "imprescindibles" según expreso texto de nota de fs. 1.

Del análisis de las actuaciones remitidas a conocimiento de esta Dirección de Asuntos Administrativos, se verifica que se habría incurrido entonces en la desviación de poder que describe el art. 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 3909⁴.

Maurice Hauriou define la desviación de poder, en su obra titulada "Précis de droit administratif et de droit public général"⁵, diciendo que es *"el hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia, con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio"*. Según Carmelo Quintana Redondo, la desviación de poder *"supone un desajuste entre el fin querido por la ley y el fin del acto"*. La desviación de poder es una de las manifestaciones más comunes de la corrupción y constituye un claro atentado contra pilares básicos del Estado de Derecho. Por esas razones, debe, a pesar de las complicaciones existentes, combatirse de un modo contundente. El adecuado control de los actos administrativos que incurran en una desviación de poder es indispensable para poder garantizar el eficaz y eficiente funcionamiento de las

4 ART. 38 - Los agentes estatales deben actuar para cumplir el fin de la norma que otorga las atribuciones pertinentes, sin poder perseguir con el dictado del acto otros fines, públicos o privados.

5 Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques (4e éd.) / de Hauriou, Maurice (1856-1929), L. Larose (Paris), Edición 1900-1901

*Administraciones Públicas, la seguridad jurídica y el correcto empleo de los recursos públicos.*⁶

En efecto, en el presente caso no es el fin perseguido por el orden jurídico que rige los ingresos y prestación de servicios a la administración pública provincial y normas de designación, que inmediatamente después de ser designados en planta para *"seguir cumplimentando los objetivos establecidos en el marco del Plan Estratégico 2012/2016"* tal como rezan tanto los considerandos de las normas como las fojas iniciales de cada expediente (donde se solicita al Gobernador el visto bueno requerido por el decreto 285/15) y en las cuales se consigna expresamente que la solicitud *"...resulta imprescindible para el normal desempeño de las tareas administrativas habituales..."* (idéntica redacción en los cuatro expedientes), se les genere reserva de empleo y se los destine a diversos trabajos que nada tienen que ver con dicho plan en el I.P.V. y en diversos órganos del estado, lo que materializaría el vicio de la voluntad que se ha descrito precedentemente⁷, ya que se ve desnaturalizada la finalidad normativa con el accionar de la administración.

d.2.) Incongruencia de la motivación contenida en las Resoluciones Nros 649, 650, 651 y 653 todas de mayo del 2015 del I.P.V.: la ya aludida secuencia de emisión de los actos administrativos emitidos por el Directorio de la I.P.V. y complementadas por disposiciones del Poder Ejecutivo, al dictarse la Resolución N°967/15 del I.P.V. y los Decretos Nros. 852/15 (de ratificación de las designaciones efectuadas en el I.P.V.) y 858/15 (de asignación de los cargos fuera de nivel),

6 Ambos autores son citados en el trabajo "La desviación de poder en el Derecho Administrativo", de Diego Fierro Rodríguez: <http://www.eljurista.eu/2014/12/01/la-desviacion-de-poder-en-el-derecho-administrativo/>

⁷ No desconoce el dictaminante la dificultad que impronta en la mayoría de los supuestos la acreditación de este tipo de vicios tal como lo ha expresado la S.C.J. provincial en "El Descanso S. A. c. Municipalidad de San Rafael • 28/05/1999 Publicado en: LLGran Cuyo 2000, 738 Cita online: AR/JUR/1682/1999, al decir "Generalmente resulta dificultoso acreditar la desviación de poder y para ello deviene necesario en el caso penetrar el querer interno de quien personifica el órgano del cual emanaron los actos a fin de conocer sus motivaciones y finalidades; manifestándose carente de idoneidad la íntima convicción del juzgador (art. 76 Cód. Procesal Administrativo y art. 207 Cód. Procesal Civil) (L.S. 245-274)...", pero en el presente caso el mismo se encuentra a mi entender, con un alto grado de objetivación. Cabe destacar además que se ha expresado que *"...Atento a que el vicio en la finalidad es clandestino, pues contiene un móvil subjetivo —la venganza, un deseo personal o el afán de lucro—, faltará siempre una prueba directa. En consecuencia, los indicios o la prueba indirecta son suficientes para formar en el juez la convicción sobre la existencia del defecto. (Sentencia del Tribunal Supremo Español del 1º de diciembre de 1959). En este sentido, el Tribunal Supremo Español ha dicho: es suficiente la convicción moral que se forme el tribunal [V. Concurso 35/08 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para proveer al cargo de Defensor ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario]. Un condicionamiento mayor implicaría imponer a quien alega el vicio la carga de una prueba diabólica. Por lo demás, es necesario recordar que el decisor tiende a ocultar o disimular sus verdaderos objetivos, por tales razones los indicios o la prueba indirecta son fundamentales..."* (Barraza, Javier Indalecio, Publicado en: LA LEY 05/04/2012, 1, LA LEY 2012-B, 1053).



controvertirían objetivamente la veracidad de las motivaciones contenidas en las Resoluciones de designación Nros. 649, 650, 651 y 653 (todas del 11/05/15) del organismo descentralizado.

Así las cosas, de los expedientes reseñados, surge que tanto el I.P.V. como el Poder Ejecutivo (que valida en el marco del Decreto N°285/15 a fs. 1 el ingreso de los denunciados al I.P.V., así como del Decreto de Ratificación de las mismas, N°852/15) sostienen la ya esgrimida necesidad de designación en los respectivos cargos de planta para garantizar el normal funcionamiento del servicio al que acceden en el organismo descentralizado, lo que se ve luego desvirtuado por la posterior (pero inmediata) designación por parte del órgano ejecutivo efectuada, sin motivación alguna, por Decreto N°858/15 (en órganos y funciones diversas) y la reserva de empleo por cargo de mayor jerarquía concedida por el propio I.P.V. (quien motivara originalmente las designaciones en la "imprescindibilidad" de las mismas para su afectación específica al Plan Estratégico 2012 2016).

Todo ello vicia el elemento MOTIVACIÓN de los actos administrativos de designación, que en el presente supuesto y en el marco de lo dispuesto en el art. 45 inc. a) de la Ley N°3.909 resulta obligatorio, ya que la misma se demostraría, por el propio accionar de la administración en su secuencia de emisión de actos administrativos vinculados, como indebida y no adecuada, violando principios elementales de la lógica.

Cabe recordar que la motivación del acto administrativo es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto y se halla contenida dentro de los considerandos⁸. La motivación es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión, *debiendo ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de la emisión del acto, no se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de motivos del acto, porque con ello se persigue preservar los valores sustantivos y*

⁸ CNCont. Adm.Fed. Sala II 23/09/93, caso "Beamurguía", ED 156-113.

aparece como necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad⁹. Esta motivación es "indispensable para poder apreciar si se ha satisfecho la finalidad prevista en la norma que otorga facultades al órgano para emitir el acto"¹⁰.

Asimismo, entiende Juan Carlos Cassagne que "... a) La "motivación" del acto administrativo es el deber de expresar la "causa o motivo" determinante de la voluntad del Estado. Se satisface con suficiencia cuando se explican los hechos y la prueba producida que los corrobora, la valoración de esos hechos y pruebas y la relación entre éstos y las normas concretas que se aplican al caso; b) La "motivación", en tanto medio, trasciende la sustancia del acto administrativo, pues permite realizar el control de la legitimidad y razonabilidad de la actuación administrativa, en concreto, para asegurar el debido proceso y la defensa de los derechos de los interesados;" y que "c) En el Estado de Derecho no tienen cabida ni la existencia de potestades administrativas ilimitadas, que conlleven al dictado de actos que resulten arbitrarios para los administrados, ni la laxitud en la exigencia del sometimiento del poder público al bloque de legalidad..."¹¹.

No es óbice para la aplicación de los conceptos que vengo desarrollando el hecho de que la autoridad administrativa posea cierta discrecionalidad en la emisión de alguno de los actos analizados, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado además que "...En cuanto a la motivación del acto, es preciso tener en cuenta la doctrina de la Corte que indica que en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (Fallos: 324:1860)..."¹².

⁹ Conf. DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", 2001, Cdad. Argentina, Bs. As., p. 269.

¹⁰ CNCont. AdmFed. Sala IV, 17/04/00, "Rodríguez Fuchs", JA 2000 -IV-20.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, en "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", Publicado en: LA LEY 29/09/2008, 1 • LA LEY 2008-E, 1274

¹² CSJN; "González Lima, Guillermo Enrique c. Universidad Nacional de La Plata", 31/10/2006, Publicado en: LA LEY 23/02/2007, 8 • LA LEY 2007-B, 804 • DJ 2007-1, 845 • LA LEY 2007-D, 251 con nota de Federico G. Thea • LA LEY 2007-F, 95 con nota de Silvana Ambrosino, Cita Fallos Corte: 329:4577. Cita online: AR/JUR/6679/2006.



d.3.) La arbitrariedad de los actos administrativos de designación en planta: la arbitrariedad en el caso planteado luciría manifiesta¹³ y contraría lo dispuesto por el art. 39 de la Ley N°3.909, que indica que los agentes estatales, para adoptar una decisión deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer en aquellas medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico.

En este marco, se observa sin mayor esfuerzo interpretativo, que el accionar administrativo ha sido manifiestamente arbitrario al verificar la secuencia por la que se produjeron las designaciones cuestionadas y su posterior pero inmediata sustracción de la prestación de los servicios que se consideraron originalmente como "imprescindibles".

Como ya se ha anticipado, se desprende de los expedientes administrativos en los que tramitaron las designaciones en la planta del I.P.V. (especialmente fs. 1 de los mismos y de la motivación de los citados actos) que el fundamento para tal proceder era la imprescindibilidad de los mismos para garantizar "...el normal desempeño de las tareas administrativas habituales..." (fs. 1 de los exptes. citados) y que los agentes iban a ser asignados al "Plan Estratégico 2012/2016..." (considerando segundo de los actos respectivos), accionar que luego se ve incontestablemente desvirtuado al otorgarse a los mismos una reserva de empleo (art. 61 de la Ley 5811) otorgada el 22/06/15 por Resolución N°967/15 del mismo Directorio del I.P.V. (que emitiera y fundara las resoluciones de ingreso rescientemente emitidas) y asignárseles, por Decreto del Poder Ejecutivo N°858/15, cargos fuera de nivel en diferentes órganos (Ministerio Secretaría Legal y Técnica de la Gobernación -Recursos Humanos-; Ministerio de Agroindustria y Tecnología -Director de Promoción y Capacitación-; Subsecretaría de Infraestructura Educativa del Ministerio de Infraestructura y Dirección de Ampliación y Construcción de Escuelas del mismo órgano) y en

¹³ Ha dicho al respecto la s.C.J. provincial que "procede respetar las opciones valorativas y el margen de discrecionalidad indispensable de las autoridades administrativas, cuando actúan válidamente en la esfera de sus potestades constitucionales, salvo hipótesis de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta (Causa: 111.783, "Molacchino Arjona María A. en J: 250.181/50.686, 02/03/15).

funciones diversas a las que motivaron oportunamente su ingreso al organismo descentralizado, en el cual, en definitiva, estuvieron además asignados un escasísimo lapso temporal (entre el 11/05/15 y el 01/06/15 en que fueron nombrados en el cargo de mayor jerarquía por Decreto N°858/15).

Al decir del Dr. Jorge Sarmiento García cuando *"...el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su sola voluntad, en su capricho o veleidad personal, aparece la arbitrariedad como vicio de la voluntad. Si el funcionario al dictar el acto no se atiene a los hechos acreditados en las actuaciones, se funda en pruebas inexistentes, desconoce las existentes, etc., actúa arbitrariamente y al acto está viciado. La arbitrariedad tiene su antítesis en la razonabilidad. El principio de razonabilidad tiene base en el art. 28 de la C. Nacional. Toda actividad del estado, también la administrativa, debe ser razonable, y lo no razonable excede lo constitucional. Lo "razonable" es lo opuesto a los "arbitrario". Lo razonable es lo justo, lo proporcionado, lo equitativo por oposición a lo irrazonable, que es lo arbitrario o injusto..."*¹⁴.

Para Juan Carlos Cassagne, la razonabilidad tiene fundamento constitucional en los arts. 19 y 28 de la Constitución Nacional, entendiéndose que *"...El concepto de "arbitrariedad" (tal como lo define el Diccionario de la Real Academia) corresponde al de "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho". En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, antaño conocida en España como "ley del encaje", cuya traducción figura en antiguos diccionarios franceses, como "la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza". En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad. Una situación similar se plantea acerca de lo que se entiende por irrazonabilidad, ya que es posible sostener que implica una actuación injusta (en el sentido de afectar al valor justicia o a los principios generales del derecho) o bien, una actividad contraria a la razón y, como tal, contradictoria o absurda, en el plano lógico. En uno u otro caso, la irrazonabilidad integra el contenido de la arbitrariedad y tal es el sentido que*

¹⁴ SARMIENTO GARCIA, Jorge, "Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza N°3909, Concordada y comentada", 2da. Ed., 1979, Augustus, Mendoza.



se desprende de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que, en otros, el Alto Tribunal utiliza ambos términos como sinónimos...¹⁵.

La Procuración del Tesoro de la Nación, ha considerado que *"...el Poder Administrador tiene, en principio, facultades discrecionales dentro de su propio ordenamiento, teniendo fundamentalmente en cuenta las necesidades del servicio y, las medidas que se adopten en ejercicio de esa potestad discrecional deberán ser, para evitar caer en la arbitrariedad, razonables y ajustadas a las probanzas o elementos de juicio obrantes en las actuaciones respectivas (conf. Dict. 229:159; 261:378; 264:8)¹⁶.."*

La Corte suprema de Justicia de la Nación, ha declarado que *"...sin necesidad de norma expresa y con arreglo a los principios que fundan el considerando 1º de esta sentencia los jueces intervinientes, poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio. La mera existencia de esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo...¹⁷.*

d.4) La calificación de los vicios precisados y los efectos jurídicos asignados legalmente: sin perjuicio de las disposiciones contenidas en los arts. 49 y 50 segunda parte de la Ley nº3.909, los vicios que afectan a los actos administrativos de marras son GRAVES y están

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, en "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", Publicado en: LA LEY 29/09/2008, 1 • LA LEY 2008-E, 1274.

¹⁶ PTN; Dict. Nº 287/10, 24 de noviembre de 2010. Expte. Nº 633.196/09; "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social". (Dictámenes 275:220)

¹⁷ CSJN; Fallos, 244: 548, "López de Reyes", 1959. Esa doctrina fue reiterada en el caso Aldamiz, del año 1960, en el que se afirmó que "no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados. A la autoridad administrativa le es dado rechazar la prueba que surge del dicho de los testigos propuestos, pero esta facultad sólo debe ser ejercida, sin caer en arbitrariedad, expresando razones concretas que fundamenten su apreciación."

El Procurador General de la Nación, por su parte, expresó en el último caso citado que si bien el órgano puede apreciar los hechos, ello "no significa, en modo alguno, que el ejercicio de esta facultad pueda quedar Exento del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa, Aún la discrecional, para producir efectos jurídicos válidos." "Lo contrario, significaría equiparar discrecionalidad con arbitrariedad, lo cual no es admisible".

previstos en los arts. 63 inc. c) (desviación de poder y arbitrariedad) y 68 inc. b) (falta de motivación cuando esta es exigida) de la ley N°3.909, acarreado las consecuencias jurídicas dispuestas en el art. 75 del mismo instrumento legal (NULIDAD), siendo en principio, necesario, declarar lesivo los mismos e impetrar la correspondiente acción de lesividad conforme el art. 3 y cctes. de la Ley N°3.918.

e) **PREVIO A LA CONCLUSION** de las presentes actuaciones y sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando no forma parte de la denuncia efectuada en estas actuaciones, se sugiere al Señor Fiscal de Estado que oficie a la Contaduría General de la Provincia y al Ministerio de Gobierno, Trabajo y Justicia a los efectos de que remitan a esta Fiscalía las renunciaciones (y/o los correspondientes decretos de aceptación de las mismas), a los cargos fuera de nivel dispuestos oportunamente por los decretos N° 715/12, 3.754/11, 1.147/13 y 3.772/11 y que ostentaban los denunciados en forma previa a su designación por Resoluciones nros. 649, 650, 651 y 653 todas de Mayo del 2015, dado que los decretos de aceptación de las mismas no han sido encontrados por esta repartición ni oran en los expedientes remitidos a análisis, con lo cual se podría estarse inclusive, frente a un caso de incompatibilidad funcional (art. de la Constitución Provincial y 13 inc. c) del Decreto Ley N°560/73 y mod.)¹⁸.

III) Corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por Fiscalía de Estado al emitir el dictamen está

¹⁸ Ver en este sentido el dictamen N°1267/10 de fecha 27/09/10 en el cual se concluye que el régimen de incompatibilidades previsto en el Decreto ley N°560/73 le es aplicable a los funcionarios fuera de nivel, ya que lo que se excluye en el art. 2 inc. b) de esa norma, es la exclusión de la estabilidad más no de las normas o principios allí establecidos (en especia en lo referido a este aspecto). Se dijo así en parte pertinente: "... En especial, entiendo, le resultarán aplicables las previsiones que sobre prohibiciones o inhabilidades posee previstas expresamente el mismo y a la luz de las cuales, entiendo, debe resolverse la consulta efectuada por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Así lo ha entendido (y es compartido por éste Organo de Control) la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza al expresar: "La prohibición o inhabilidad contenida en el inc. c) del art. 14 del Dec. Ley N°560/73, tiene un evidente fundamento ético y constituye en verdadero principio general ...La circunstancia de que , tanto en el estatuto general (Decreto Ley N560/73) como el Estatuto Escalafón Municipal (Ley N° 5892) existan funcionarios exceptuados de sus alcances, tal como lo ha dicho esta Asesoría y lo reconoce la doctrina (cfr. Emili Eduardo, "Los estatutos de los agentes del estado", en obra colectiva "Nociones de derecho administrativo", Mendoza, 199, pp 171 y 172), no importa sino, fundamentalmente, una exclusión del derecho a la estabilidad. No de los principios o normas allí contenidos y que no resulten incompatibles con su situación de revista o la índole de los cargos que desempeñan"(Asesoría de Gobierno, Dictamen N°60/96, Expte. N°65-F-95). Resultaría ilógico enrolarse en la postura contraria, ya que no sería posible entender que los agentes públicos de inferior jerarquía están sometidos a las mencionadas obligaciones y prohibiciones, y que los de mayor jerarquía, en el marco de la interpretación literal y descontextualizada del art. 2 del Decreto N°560/73 y mod., no se someten a ninguno de los parámetros establecidos en el mismo al efecto y que poseen evidente función moralizadora de la administración, cuando por el contrario, el mayor poder y responsabilidad que los mismos ostentan dentro de la organización administrativa maximiza el fundamento de su aplicación en virtud de la posibilidad de que en torno a los mismos justifique mayor necesidad de verificar el cumplimiento de las razones que motivan el establecimiento del régimen de incompatibilidades (exclusividad, eficiencia, moralidad, etc.)..."



circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la administración activa), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación¹⁹, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido²⁰.

IV) CONCLUSIONES: En virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos concluye considerando que:

1) Las resoluciones N°. 649/15, 650/15, 651/15 y 653/15, emitidas por el Directorio del I.P.V. y la ratificación de las mismas materializada en el Decreto N°852/15 del Poder Ejecutivo Provincial (ratificatorio de las mencionadas designaciones), se encuentran gravemente viciadas, en la configuración del elemento voluntad en la emisión de los actos administrativos y forma, al configurarse desviación de poder y arbitrariedad (art. 63 inc. c) de la Ley N°3.909) y falta de motivación cuando esta es exigida (art. 68 inc. b) de la ley N°3.909), acarreado las consecuencias jurídicas dispuestas en el art. 75 del mismo instrumento legal (NULIDAD), siendo en principio, necesario, declarar lesivos los mismos e impetrar la correspondiente acción de lesividad conforme el art. 3 y cctes. de la Ley N°3.918; y

¹⁹ Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "... no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas ala autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)"; "...El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

²⁰ En este sentido, la P.T.N. ha entendido que: "...la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate, es decir, que esos informes merecen plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean fundados, precisos y adecuados al caso (PTN, Dictámenes; 200:116; 248:430; 259:233).

b) PREVIO a la conclusión de los presentes actuados, debería oficiarse como se recomienda en el punto II.d.4) a los efectos de verificar la eventual existencia además de incompatibilidad funcional en caso de que no se hayan materializado las renunciaciones a los cargos que ostentaban en virtud de las designaciones producidas por los Decretos Nros. Nº 715/12, 3754/11, 1147/13 y 3772/11.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 08/01/16.

Dictamen Nº011/16. – ACN/jbsg/lf/aa.

Mendoza, 16/01/16.

Visto el dictamen Nº011/16, que antecede, emitido por el Sr. Director de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, Dr. Abel A. ALBARRACÍN, PREVIO a manifestarse sobre el fondo de las cuestiones planteadas, CUMPLASE lo requerido en el punto II.e) del dictamen citado, OFICIÁNDOSE de estilo.