



Ref. "EX-2022-04605808- -GDEMZA-FISCESTADO"

AL SEÑOR

FISCAL DE ESTADO DE LA

PROVINCIA DE MENDOZA

DR. FERNANDO SIMÓN

S_____//_____D

Vienen las actuaciones de referencia a esta Dirección de Asuntos Administrativos¹ para su intervención y dictamen en relación a la denuncia presentada ante esta Fiscalía de Estado por los Licenciados en Kinesiología Sandra Bragagnolo y Roberto Becerra, en la que solicitan la investigación de presuntas irregularidades en las asignaciones de tareas y traslados dispuestos sobre sus situaciones de revista, lo que podría haber ocasionado un mal gasto de recursos del Estado.

Adjunto a la nota de denuncia, se incorporan copias de las presentaciones formuladas en el marco del reclamo que llevan adelante ante distintas oficinas del Estado.

I.- Obran como antecedentes relevantes:

a.- Denuncia suscripta por los Licenciados en Kinesiología Sandra Bragagnolo y Roberto Becerra, donde relatan las presuntas irregularidades en las asignaciones de tareas y traslados dispuestos sobre sus situaciones de revista, acompañando adjunto a la nota de denuncia, una medida cautelar presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia (solicitando la suspensión de los efectos del acto administrativo); Nota de denuncia a la Comisión de Derechos y Garantías

¹ En adelante DAA.



de la Honorable Cámara de Senadores de Mendoza; Copia de la Carta al señor Gobernador de la Provincia; Nota de denuncia ante la Oficina de Investigaciones Administrativas y Ética Pública de Mendoza; Denuncia ante la Subsecretaría de Trabajo y Empleo de la Provincia, y diversas notas y comunicaciones efectuadas en el marco del expediente administrativo ante la O.S.E.P, a cuyos términos y extremos a continuación haré una breve referencia.

b.- Como resultado de la denuncia incoada: en fecha 04/07/2022 se envió Nota N°144 a la Oficina de Ética Pública solicitando información; en fecha 22/07/2022 por comunicación oficial Nota N°156 a la O.S.E.P requiriendo informe; y, en el mismo sentido, a la Subsecretaría de Trabajo y Empleo de la Provincia mediante Nota N°157. Las tres notas han sido contestadas y se incorporan a la presente pieza.

II.- CUESTIONES PLANTEADAS. HECHOS DENUNCIADOS.

Los denunciantes, profesionales con importante antigüedad laboral en la Obra Social y que vienen desempeñando tareas afines a su especialidad -la kinesiología- desde su ingreso, manifiestan que para comienzos del año 2020, desarrollaban sus tareas específicamente en el Hospital El Carmen.

Indican que con el comienzo del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) en Fase 1, de la pandemia por Covid19, cambiaron su régimen de trabajo y pasaron a prestar servicios en modalidad 15/15 y que, en fecha 17/04/2020, por disposición del señor Jefe de Kinesiología del Hospital El Carmen, Lic. Oscar Figueroa, comenzaron a prestar servicios en el horario laboral habitual, en el edificio de la Obra Social donde funciona el centro de rehabilitación interdisciplinario Ayacahuina, ubicado en calle Salta N°877, planta baja, de la Ciudad de Mendoza.

En ese momento, conforme denuncian, no se los notificó de ninguna resolución o disposición por escrito, argumentando



el señor Figueroa que sería una situación transitoria. Manifiestan que al presentarse en el nuevo destino laboral, el Jefe del sector, Lic. Cristian Costa, les indica que en dicho centro de rehabilitación no había tareas para asignarles ni lugar físico para ubicarlos.

Señalan que luego de unas semanas en situación de incertidumbre, se comunican nuevamente con el Lic. Figueroa, solicitando volver a prestar servicios al Hospital El Carmen, donde pertenecían, negándoles dicho funcionario en forma verbal también el requerimiento.

Relatan los licenciados la labor fundamental que llevaban a cabo para el combate del Covid19 -que implicaba la actividad de los kinesiólogos- y en particular su necesidad en el Hospital El Carmen.

Denuncian también que toman conocimiento de su estado de "disponibilidad" dentro del servicio de Kinesiología de O.S.E.P, ordenado por nota, la cual jamás les fue notificada.

Refieren que luego de infructuosos reclamos y reuniones, son notificados desde el área de Recursos Humanos, que deberán prestar tareas administrativas en el Área de Ventanilla Única en Xeltahuina desde el 01/09/2020.

Sostienen que atento al incremento de casos Covid19 y a la implementación de un centro para el tratamiento del mismo en el Hospital Fleming, piden en fecha 05/09/2020 el pase a dicha institución a fin de colaborar en tareas afines a su especialidad y que en dicha institución prestaron servicios en la "UTI Covid" los meses de Septiembre, Octubre y Noviembre hasta el 02/12/2020 que el gobierno provincial, producto de la baja de casos, decide concluir con el mismo.

Relatan los denunciantes que intentan volver a sus lugares de trabajo de larga data, esto es el Hospital El Carmen, situación que les es negada, entonces les ofrecen como alternativa desempeñarse en las dependencias de la Obra Social en Maipú y Luján. Manifiestan que luego de 16 años en el Hospital, son notificados del traslado sin debida fundamentación. Denuncian al respecto, que los



traslados fueron dispuestos por Resolución DG N°549/2020.

Recalcan que desde su traslado no cuentan con el espacio y recursos necesarios para prestar un correcto servicio de Kinesiología, y que incluso en 2021 se ofrecieron nuevamente ante la segunda ola de Covid19 trasladarse al Hospital Central, sin respuesta de la Obra Social.

Describen además en su denuncia, que han formulado presentaciones ante la Subsecretaría de Trabajo y Empleo de la provincia, la Oficina de Investigaciones Administrativas y Ética Pública y la Cámara de Senadores de Mendoza, además de haber incoado el Recurso de Revocatoria contra la Resolución DG N° 549/2020.

Acompañan además copia de la medida cautelar presentada ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en autos 13-05768249-8 caratulado "*BRAGAGNOLO SANDRA MÓNICA C/ OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS DE MENDOZA OSEP P/ SUSPENSIÓN DE EJECUCIUN*" y 13-05768240-4 caratulado "*BECERRA HERNANDEZ, ROBERTO DANIEL C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS DE MENDOZA (OSEP) P/ SUSPENSION DE EJECUCION*", las cuales fueron rechazadas en fecha 21/06/2022.

III.- NOTA-OFICIO A LOS ORGANISMOS INTERVINIENTES.

a.- OFICINA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS Y ÉTICA PÚBLICA.

Conforme se detallara, consta en los antecedentes, una vez recibida la denuncia, esta DAA procedió a emitir nota N°144 en fecha 04/07/2022, solicitando información a dicho organismo sobre el tratamiento efectuado a la denuncia oportunamente formulada por los denunciantes.

Mediante Nota NO-2022-06198806-GDEMZA-ETICAPUBLICA, dicha Oficina informó que atento "*...Art. 29 de la Ley 8993, el que establece que: El Auditor, no dará trámite a la denuncia cuando*



advierta carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o, cuando respecto de los hechos denunciados se encuentre pendiente decisión judicial o exista un procedimiento o recurso específico para terminar el objeto del reclamo”, circunstancias éstas que se evidencian configuradas ab initio en las presentes, en un todo conforme con informe oficial de OSEP, el que da cuenta de que: “la presente denuncia coincide con el objeto de los Recursos de Revocatoria planteado ante OSEP, que tramitan en el expte. Nº2021-03688427 (Lic. Becerra) y Nº2021-3688385 (Lic. Bragagnolo), los que se encuentran en estado de Resolver...”.

Agrega además a la respuesta, que los administrados incoaron la Suspensión de Ejecución ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y formularon también denuncia ante la Subsecretaría de Empleo de la provincia, situaciones que se tratarán a continuación.

b.- NOTA – OFICIO SUBSECRETARÍA DE TRABAJO Y EMPLEO.

Conforme consta también en los antecedentes, mediante Nota Nº157, en fecha 22/07/2022, se le solicitó a la Subsecretaría de Trabajo y Empleo de la provincia información acerca del trámite seguido por la denuncia formulada por los Señores Bragagnolo y Becerra ante dicho organismo, en fecha 29/09/2021.

En el dictamen acompañado y en la resolución Nº 6068/2022, la Subsecretaría refiere a la falta de acuerdo de las partes en la conciliación intentada y que atento a ello, archiva las actuaciones. Conforme antecedentes obrantes también se encuentra interviniendo la Oficina de Ética Pública. Sin perjuicio de lo resuelto, se destaca en el dictamen acompañado, que OSEP no acompañó Resoluciones que justificaran el traslado de los accionantes y por los cuales se agravian y formulan las presentaciones ante la Subsecretaría.

c.- NOTA - OFICIO OSEP.

Mediante Nota Nº156, de fecha 22/07/2022, se le solicitó a OSEP informara: “...*Estado de avance y tratamiento del Recurso*



de Revocatoria incoado; Las tareas asignadas a los administrados desde el 20/03/2020 al presente; Si se han dispuesto traslados de los Licenciados Bragagnolo y Becerra desde el 20/03/2020 al presente, en caso afirmativo, acompañe copia de las normas que los disponen; Por intermedio del Superior Jerárquico de los administrados, se informe las razones que motivaron los traslados efectuados; Indique también en cada uno de los lugares asignados que tareas desempeñaron y en su caso, si se les asignaron funciones afines a su profesión...".

La Obra Social dio trámite a esta nota en el expediente EX-2022-06119980--GDEMZA-OSEP#MSDSYD, donde incorpora los informe solicitados, copias de las resoluciones citadas y un informe de la Secretaría de Asuntos Jurídicos resumiendo el estado de las actuaciones. Vale aclarar que a la fecha de respuesta y de elaboración del presente Dictamen, no se encuentra resuelto el Recurso de Revocatoria incoado por los administrados.

Es relevante destacar que se acompaña copia de la Resolución DG N° 549/20 que dispone el segundo traslado de los administrados, en fecha Diciembre de 2020, del Hospital (aunque ya hacía meses -en los hechos- no prestaban tareas allí) a la Delegación Maipú de la Obra Social, y Resolución DG N° 703/21 que los transfiere nuevamente, esta vez en parte a la delegación Luján, de la cual se agravian y firman en disconformidad.

Cabe destacar que según la cronología descripta existe un período denunciado por los administrados, que transcurre desde marzo de 2020 a diciembre del mismo año, cuando recién se dicta la Resolución DG N° 549/2020, en el que los traslados de los denunciantes no se encuentran debidamente fundados, toda vez que O.S.E.P. no acompaña resoluciones o actos que acrediten el traslado y cambio de régimen de trabajo por esos períodos, particularmente, como se dijo, desde marzo a diciembre de 2020².

² No obstante ello esta DAA no desconoce que esa era la etapa de la emergencia en materia de salud por la pandemia de Covid-19 -en gran parte de dicho lapso de tiempo además con



Sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que en nota IF-2022-06492697-GDEMZA-OSEP#MSDSYD suscripta por el Director de Salud Sergio Benítez se justifica la cronología de lo realizado por OSEP al indicar "...Por la emergencia sanitaria declarada en la Provincia (Pandemia COVID-19) y tendiente a optimizar el recurso humano, se dispuso que los agentes Lic. Sandra Bragagnolo y Lic. Roberto Becerra prestaran funciones en Calle Salta, a los efectos de realizar Auditorías en el área de Discapacidad y luego en el Hospital Alexander Fleming para la atención de pacientes adultos con patología COVID. Ambas tareas vinculadas a sus competencias profesionales (no tareas administrativas). En tal sentido, el proceder de OSEP se encontraba amparado en los términos del Decreto N° 359/2020 (Emergencia Sanitaria) y Resolución del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes N° 713/2020 y N° 924/2021 que autorizan el traslado, reasignación de funciones y/o horarios del personal a cargo de la Obra Social de Empleados Públicos. Mediante Resolución del D.G N° 2020-549 se realizó el traslado de los agentes Lic. Sandra Bragagnolo y Lic. Roberto Becerra para optimizar las prestaciones y en busca de dar respuesta y variedad de servicios para con los afiliados del Dpto de Maipú, se proyectó el Servicio de Kinesiología y Auditoría en dicha sede. Los agentes presentaron el proyecto para la creación del Servicio de Kinesiología en la Sede Maipú, lo que denotaba que los mismos estaban de acuerdo con su nuevo destino. Consecuentemente y producto de la Pandemia que fustigó al total del sistema de Salud generando un desequilibrio financiero ante lo cual dicho proyecto no se pudo concretar en su totalidad por falta de capital económico para desarrollar el Servicio de Kinesiología. No obstante ello, a los Agentes se les asignaron tareas acordes a su profesión. En dicho lugar cumplían funciones atendiendo a los afiliados que requerían auditoría-autorización de los módulos de Kinesiología y atención de los afiliados en forma telefónica para seguimientos de pacientes confirmados Covid-19 con domicilio en Maipú.

Aislamiento Social Preventivo Obligatorio- por lo que se encontraría en principio fundamentada la necesidad del sistema de salud provincial de reorganizar recursos de forma excepcional.



Por último, ante la imposibilidad de desarrollar el Servicio de Kinesiología en la Sede Maipú, se dicta un nuevo acto administrativo mediante Resolución DG Nº 2021-703 en la que se decide un nuevo traslado de los denunciantes por lo que la Dirección de Salud asigna a los profesionales en tareas de Auditoria Prestacional en el Servicio de Kinesiología perteneciente a la Subdirección de Rehabilitación Psicofísica, Apoyo Social y Gestión del Paciente con Discapacidad y en Sedes Maipú y Lujan de Cuyo, con la finalidad de optimiza recursos y un adecuado funcionamiento del sistema de salud...".

IV. TRÁMITE CAUTELAR ANTE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA.

Los Licenciados Bragagnolo y Becerra, conforme adelanto en los antecedentes, incoaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia un proceso cautelar de suspensión de ejecución del acto administrativo, el que previo trámite procesal, fue rechazado en ambos casos en fecha 21/06/2022, autos 13-05768249-8 caratulado "BRAGAGNOLO SANDRA MÓNICA C/ OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS DE MENDOZA OSEP P/ SUSPENSIÓN DE EJECUCIUN" y autos 13-05768240-4 caratulado "BECERRA HERNANDEZ, ROBERTO DANIEL C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS DE MENDOZA (OSEP) P/ SUSPENSION DE EJECUCION³.

³ Indica el Tribunal "Concretamente, en este estadio de conocimiento provisorio, no se observa en forma manifiesta que la Administración haya procedido en forma ilegítima o que se pueda producir un daño irreparable al peticionante. En efecto, hallándose las facultades de este Tribunal limitadas al control de legitimidad, no se advierte que la decisión impugnada ostente vicios de la índole de los exigidos por el art. 22 y siguientes del Código Procesal Administrativo, exhibiéndose prima facie como suficientemente sustentada. Así la arbitrariedad de la conducta de la Administración no aparece manifiesta, evidente, notoria, sin necesidad de un examen o investigación de hecho; labor que implicaría al Tribunal avanzar directamente sobre la cuestión de fondo que eventualmente debería ser analizada y resuelta en el marco de una causa principal, ingresando prácticamente en el análisis de la resolución dictada respecto de las funciones y/o destinos que le fueran asignadas, cuestión que desborda notablemente el análisis acotado que permite la cautelar interpuesta. No se advierte de la prueba aportada, especialmente el informe elevado por el Sr. Luis Mariano Suárez de la Delegación de Maipú respecto a las funciones y horarios laborales, una evidente arbitrariedad que afecte la decisión administrativa, ya que se habría conservado al profesional su horario de trabajo, variando su destino, y también se le habrían asignado funciones (como la autorización de módulos de kinesiología y fisioterapia), que corresponden



El Máximo Tribunal sostiene que no se encuentran acreditados los extremos para la procedencia de la cautelar incoada, ello advirtiendo que un análisis de la verosimilitud del derecho implicaría prejuzgar sobre el fondo del reclamo. Además, indica que no se percibe en el planteo realizado un peligro en la demora que implique una lesión inminente y concreta a los derechos de los administrados, aclarando que de la compulsa de las actuaciones administrativas, no se advierten vicios o arbitrariedad manifiesta en el accionar de la administración.

V.- ANÁLISIS LEGAL.

En este estado toma intervención esta Fiscalía de Estado en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) - art. 177 de la Constitución Provincial, Ley 728 de Fiscalía de Estado, Decreto 1.428/18, arts. 169 y cctes de la ley 9.003 y normas complementarias-, estimando oportuno realizar las siguientes consideraciones:

1.- Como primera cuestión vinculada al tema venido a análisis –según ya hemos expresado en anteriores dictámenes⁴- y atento a la especialidad, complejidad técnica y jurídica de las cuestiones que se ventilan, la intervención de este órgano estará especialmente limitada al control de “juridicidad”⁵ del accionar

a su formación profesional. Con respecto al segundo traslado, en donde se distribuye la carga horaria entre las Delegaciones de Luján de Cuyo y Maipú y el Servicio de Kinesiología de la Subdirección de Rehabilitación Psicofísica, Apoyo Social y Gestión del Paciente con Discapacidad, tampoco surge de la prueba acompañada elemento que permita advertir variación de su carga horaria. (autos CUIJ: 13-05768240-4()) BECERRA HERNANDEZ ROBERTO DANIEL C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS DE MENDOZA (OSEP) P/ SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN)

⁴ Al respecto ver reciente dictamen N° 1.490/22, de fecha 28/11/2022, en www.fiscalia.mendoza.com.ar.

⁵ Sostiene SESIN que en lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y, consecuentemente, de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse, prima facie, demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera, también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad,



administrativo, sin manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia relativas a la operatoria en general (asignadas a los órganos competentes de la administración), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación⁶, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos técnicos especializados y competentes, que han intervenido en la preparación de la voluntad administrativa, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido⁷ y más allá de analizar la existencia o inexistencia de "arbitrariedad manifiesta"⁸, aspecto controlable por este órgano al igual que por la autoridad jurisdiccional.

la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad y la irrazonabilidad, entre otros. (SESÍN, Domingo Juan, en "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica", LALEY 0003/70037085-1, con base en Comadira, Julio R., "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", ED del 29/3/2000, Buenos Aires).

⁶ 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 a la 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").

⁷ 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).

⁸ Explica CASSAGNE que se puede definir: "...la arbitrariedad como el acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario. ... En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad ... En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable, e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo una de los límites sustantivos de la discrecionalidad..." Citado en CASSAGNE Juan Carlos, "LOS GRANDES PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO (Constitucional y Administrativo), Segunda Edición Actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, pags. 244-245.



En este orden de ideas, haciendo un paralelismo del control que el Poder Judicial efectúa sobre la actividad “discrecional” de la Administración, cabe recordar que la S.C.J. Provincial ha expresado: *“...El Poder Judicial de la Provincia de Mendoza sólo ejerce el control de legitimidad de los actos administrativos (aún en los discrecionales) cuando existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, pero no puede incursionar en la materia propia del órgano administrativo emisor supliéndolo, pues ello importaría ejercer facultades ajenas a su función invadiendo la esfera administrativa...”*⁹.

En sentido coincidente esta DAA ha afirmado que los aspectos relativos a cuestiones técnicas (a lo que debe agregarse lo referido a mérito, oportunidad o conveniencia) se encuentran “prima facie” fuera de la posibilidad de tratamiento y no son susceptibles de someterse a consideraciones jurídicas, salvo manifiesta arbitrariedad¹⁰.

La jurisprudencia de la CSJN¹¹ ha dicho que: *“...la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate y prueba (conf. doctrina de Fallos: 306:1253; 307:747)...”*¹².

A mayor abundamiento en ocasión de emitirse el Dictamen N° 1.209/20¹³, en el marco del Contrato de transferencia de acciones suscripto

⁹ SCJ Mza., Expte.: 13040799919; “CANESSA, ARGENTINO OMAR Y OTROS C/ DIRECCIÓN GENERAL DE ESCUELAS P/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Fecha: 08/05/2020, SALA N° 2.

¹⁰ Dictamen N°975/17, de fecha 15/08/17, en Expte. N°975-D-2017-05179; “SINDICATO DE TRABAJADORES VIALES DE MZA SITRAVI S/ SOLIC. INTERV. DE F.E.” y recientemente, en Dict. N° 1209/20.

¹¹ CSJN Fallos: 325:2583, Obra Social de Empleados del Tabaco de la República Argentina y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura s/ amparos y sumarisimo 10/10/2002.

¹² Resulta oportuno traer a colación lo que acontece en la jurisprudencia norteamericana en relación a este aspecto, en donde como explica BIANCHI, se aplica la regla de la deferencia, la cual, en principio, conduce a respetar el criterio de la Administración, en tanto sus decisiones no sean manifiestamente arbitrarias, lo que implica un control judicial – análogo al que ejerce esta F.E. – limitado y, por tanto no pleno. Citado en BIANCHI Alberto B., en “Las potestades administrativas del presidente de la Nación”, en AA.VV., “Organización administrativa, función pública, y dominio público”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Bs.As., 2005, p. 55 y ss.

¹³ Véase EX2019-01433915-GDMZA-MESA-MEYE.



entre la Provincia de Mendoza, Vale Fertilizer Netherlands B.V., y Vale S.A., se indicó que autorizada doctrina¹⁴ ha afirmado que la discrecionalidad administrativa¹⁵ es el producto del margen de apreciación otorgado por el ordenamiento jurídico al poder administrador a los fines de posibilitarle escoger entre dos o más alternativas igualmente válidas, aun cuando dicha elección no debe ser efectuada por el órgano de manera arbitraria y antojadiza sino con el propósito de alcanzar el interés general, es decir en forma "razonable" y siempre sujeto al principio de "juridicidad" que debe regir toda la actividad administrativa del estado (arts. 1, II, b), 38 y 39 de la Ley N° 9003)¹⁶, debiendo a tal efecto MOTIVARSE ESPECIALMENTE la decisión adoptada (conforme requerimiento expreso del art. 45 inc. d) de la misma norma al tratarse de decisiones con amplio margen de "discrecionalidad")¹⁷.

¹⁴ CASSAGNE, ob.cit.10.

¹⁵ Es válido recordar que, con base en la división de poderes, cuando el juez -aplicable al control que ejerce esta F.E.- controla el ejercicio de la discrecionalidad no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la Administración. El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración ("núcleo interno" de lo discrecional), no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría "administrar", "sustituir" al órgano administrativo competente y "vulnerar" la división de poderes. (ob. Cit. N° 5).

¹⁶ La PTN en Dictamen S/N - 2001 - Tomo: 236, Página: 91, del 23 de Enero de 2001, Expediente: 23523/00, dijo: *"Tratándose de un acto administrativo dictado en ejercicio de las funciones y con las características señaladas (facultades discrecionales) ello no obsta que se verifique si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional el ejercicio de tal potestad devino en el dictado de un acto viciado de arbitrariedad. Ello, por cuanto, el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión, esencialmente, la competencia, la forma, la causa y la finalidad y por otro, en el examen de su razonabilidad"*.

¹⁷ Es importante traer a colación lo que la doctrina viene enseñando en el sentido que si actualmente un acto discrecional de la Administración forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas), sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema procedimental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su "ejercicio" (SESIN, Domingo, en: "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 287). Existen incluso precedentes que han mantenido una postura más amplia y profunda, en relación a la extensión del control de un acto discrecional, pero siempre excluyendo el mérito, oportunidad y conveniencia. La entonces Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Especial de la Capital Argentina, ha proclamado el control de los hechos aun relacionados con cuestiones técnicas, con motivo del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un



Esta postura ha sido reiterada recientemente en Dictamen N° 0567/21 de esta DAA, en ocasión de tratarse las denuncias presentadas ante esta Fiscalía de Estado en el marco del llamado a Licitación Pública N°1001/2021-907 que tramita en EX-2021-00483573--GDEMZA-DPP#SAYOT)¹⁸.

En definitiva, **aun cuando existan varias soluciones aceptables o razonables, no corresponde a éste órgano de control, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, sustituir una por otra, sino sólo controlar que el criterio adoptado por la Administración tenga su propio consenso y sustentabilidad en el marco de la juridicidad**¹⁹ y que no se afecten en forma actual o potencial pero cierta, intereses fiscales o patrimonio del estado.

Por lo expuesto el control se efectuará principalmente sobre la juridicidad y razonabilidad²⁰ de las normas cuestionadas, descartando la

riesgo para los usuarios frente al reducido espacio que les quedaba cuando esperaban el arribo de los trenes. El tribunal consideró que la *"discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocados para emitir el acto) caiga o puede caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir, de aquello que constituye su causa o motivo. El acto administrativo que se dicta con base en un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo con los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto de dicho acto rigen las reglas generales sobre control de la discrecionalidad"* (C. Nac. Esp. Civ. y Com., 21/6/1983, "Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado v. Fusetti de Turro", ED 105-575, Buenos Aires; con comentario de Tawil, Guido, "Administración y Justicia", t. II, p. 400; Gusmán, Alfredo, "Fronteras del poder discrecional", Ed. LL Córdoba, 2002).

¹⁸ Véase EX-2021-02991663- GDEMZA-FISCESTADO.

¹⁹ Ha sostenido el Tribunal Supremo español (citado por Sesín, Domingo Juan, "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica", LALEY 0003/70037085-1) que *"Hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas (o legalmente indiferentes), en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial ...esta jurisdicción no constituye un escalón jerárquicamente superior a la Administración que le permita a través de sus resoluciones imponer a los órganos de la misma una determinada línea de actuación en la gestión de los intereses públicos que tiene confiada, ni en la propia organización de los medios materiales destinados a la misma, sino que la misión de los tribunales queda circunscripta a corregir las extraviadas actuaciones administrativas cuando éstas infrinjan el ordenamiento jurídico ...lo que no puede hacer la jurisdicción es erigirse en legislador e invadir el ámbito normativo de la Administración"*.

²⁰ En la doctrina se ha sostenido, en forma pacífica, que el principio de razonabilidad se funda en el precepto contenido en el art. 28 de la CN. Esta prescripción constitucional, que



existencia de "arbitrariedad manifiesta"²¹.

2.- Del análisis de las resoluciones DG n° 549/2020 y DG n° 703/2021 surge *prima facie* en términos generales que las mismas se encontrarían debidamente fundadas (sin perjuicio del período descripto que transcurre entre los meses de marzo a diciembre de 2020) en particular cuando se indica *"...que motiva dicho pedido que debido a la emergencia sanitaria declarada en la provincia, Decreto N°359/2020... de este modo esta medida favorece la redistribución de los profesionales en las áreas que necesiten de apoyo asistencial..."; "...cuenta con el V°B° del Director de Atención de la Salud al traslado de la totalidad de las horas de los profesionales kinesiólogos: Sandra Mónica Bragagnolo (24 hs) y Roberto Daniel Becerra (24 lis) desde el Hospital El Carmen a Sede OSEP Maipú, a partir del 09/12/2020..."; "...Que asimismo la Dirección de Salud asigna a los profesionales mencionados anteriormente tareas de Auditoría Prestacional, en el Servicio de Kinesiología perteneciente a la Subdirección de Rehabilitación y Apoyo Social y en Sedes Maipú y Lujan de Cuyo..."* entre otros antecedentes que motivan los actos notificados.

Cabe recordar en este punto 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 considerandos²². 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 aparece como necesidad*

también fundamente la prohibición de arbitrariedad, si bien aparece circumscripita a nomas que dicta el Legislativo, se ha juzgado extensiva a los actos de los órganos Ejecutivos, particularmente al procedimiento administrativo. Citado en CASSAGNE, ob. cit., pág. 253.

²¹ La CSJN en el caso "Dos Arroyos S.C.A. v. Dirección Nacional de Vialidad" del 28/09/1993 (LALEY 1/23646) ha considerado que *"el mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa, constituyen puntos sobre los que no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se compruebe como irrazonable, inicuo o arbitrario"*.

²² CNCont. Adm. Fed. Sala II 23/09/93, caso "Beamurguía", ED 156-113.



tendiente a la observancia del principio de legalidad²³. 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 acto²⁴.

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..."²⁵.

Vale recordar asimismo que esta Dirección en dictamen N° 1025 bis/15, aclara que nuestra doctrina ha considerado que la motivación del acto administrativo, entendida en sentido amplio, puede ser de dos clases: a) contextual, cuando existe en el propio acto administrativo del que expresa su causa y finalidad, y b) no contextual o "*in aliunde*", cuando aparece en un escrito distinto del acto que supuestamente motiva, lo que la doctrina italiana denomina motivación por relación, la que se manifiesta en este caso concreto²⁶, situación esta que

²³ Conf. DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", 2001, Cdad. Argentina, Bs. As., p. 269.

²⁴ CNCont. Adm Fed. Sala IV, 17/04/00, "Rodríguez Fuchs", JA 2000 -IV-20.

²⁵ 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.

²⁶ Ampliar en TAWIL, Guido S. y MONTI, Laura M., "*La motivación del acto administrativo*", Depalma, Bs. As., 1998, págs. 66 y 70, ver Corte Suprema de Justicia de la Nación "PIAGGIO de VALERO", Fallos 311:1206; M. 52. XXII "MANGIONE", del 7/7/88 y "GONZÁLEZ VILAR", Fallos 314:625. y Procuración del Tesoro de la Nación Dictamen N, Tomo: 264, Página 83, Expte. N° 147.286/04 y agreg. s/a Expte. N° 140.161/03, Dictamen N° 18/2008, del 31/01/2008, citados en el dictamen a que se hace referencia.

²⁶ Explica Cassagne que "los principios son criterios fundamentales que orientan y



entendemos aplicable al presente, atento los dictámenes técnicos y legales previos a la emisión del acto administrativo impugnado.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia, en reciente pronunciamiento ha sostenido "En el ámbito de la administración pública, el ejercicio derivado del poder de dirección que detenta el empleador, supone una potestad que tiene por objeto modificar o cambiar ciertos aspectos de la relación de trabajo, dejando incólume lo esencial o lo sustancial, más ello no lo faculta para proceder arbitrariamente ni con ánimo persecutorio. En otras palabras, el Estado empleador es libre para variar la función asignada al dependiente, cuidando siempre de respetar su integridad y de no convertir tal facultad en un accionar persecutorio (Ídem: LS 410-056, LS 442-199)"²⁷.

Por ello, atento a lo expuesto, en el marco de lo indicado en el punto V.1 de este dictamen, teniendo en cuenta la vía recursiva abierta por los denunciantes, el trámite judicial pendiente y la fundamentación citada, no se advierte irregularidad que justifique la intervención de este órgano de control en esta instancia. Lo expresado no importa desconocer las competencias que este órgano de control ostenta en el marco de las previsiones de los arts. 1 y cctes. de la Ley N° 728 y cctes., las que entiendo, en el contexto antes señalado, sólo podrían ser ejercidas en esta etapa, en forma excepcional y frente a la existencia de un accionar administrativo manifiesta y groseramente viciado en virtud de las consecuencias que la legislación le otorga a los mismos (irregularidad prevista en el art. 76 de la Ley N°9.003) o que pueda producir grave perjuicio (a la persona –trasladable al estado – o al estado directamente), lo que "*prima facie*", no se verifica en el presente supuesto atento a la

determinan el sentido de justicia de las normas. En rigor, se trata de proposiciones jurídicas o directivas, que no requieren de un desarrollo normativo. Mientras que las normas tienen una cierta estructura lógica, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que requiere siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, a través de su incorporación al derecho positivo o en su aplicación al caso concreto" CASSAGNE, Juan Carlos, Los principios generales del derecho en el derecho administrativo, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1988, ps. 28/29.

²⁷ SCJMza. Expte. 13-04222288-1 - CERIONI MIGUEL ANGEL C/ MUNICIPALIDAD DE SAN RAFAEL P/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA. Fecha: 17/12/2019 - SALA N° 1. Magistrado/s: GARAY CUELLI - GOMEZ - LLORENTE. Ubicación: LS600-122.



apariencia de regularidad del acto²⁸, el que ha sido emitido por el órgano competente y con la fundamentación del caso, debiendo tenerse especialmente presente que el mismo se encuentra judicializado (ver nota 2) y existe además un recurso de revocatoria pendiente, todo ello siempre que no surjan nuevos elementos probatorios convincentes acerca de los hechos denunciados.

VI.- CONCLUSIONES:

Como corolario de lo expuesto y analizado, conforme surge de la compulsa a los antecedentes acompañados por los denunciantes y de las notas-oficios informadas, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que respecto de los extremos denunciados y tratados en los puntos I. y II. del presente dictamen, y atento los antecedentes jurídicos obrantes en el punto III y siguientes, no se advierten "prima facie" irregularidades administrativas que afecten la razonabilidad y legitimidad de los actos administrativos de traslados dispuestos en las resoluciones DG Nº 549/2020 y DG Nº 703/2021 que justifiquen la intervención de este órgano de control, ello también atento a la vía recursiva abierta por los denunciantes y al trámite judicial pendiente, sin perjuicio de resaltar nuevamente, que habría un período de tiempo transcurrido entre los meses de marzo y diciembre de 2020, el que deberá ser objeto del pronunciamiento de OSEP en el marco del recurso de revocatoria interpuesto por los denunciantes.

Por todo lo expuesto y previa notificación a los administrados, correspondería archivar las presentes actuaciones en razón de lo dispuesto por los artículos 171, 172 y 173 de la Ley 9.003, sin

²⁸ "El acto administrativo que incurre manifiestamente en un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley, no ostenta apariencia de validez o legitimidad y debe calificarse como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene. En cambio el acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad, ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce presunción de legitimidad y la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar judicialmente al efecto o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia." Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/10/1975, Pustelnik, Carlos A. y ots., entre muchos otros."



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

perjuicio de la eventualidad de que surgieran nuevos elementos probatorios convincentes acerca de los hechos denunciados.

El presente dictamen se emite en el marco de lo dispuesto por Res. F.E. N° 44/18.

Sirva la presente de atenta nota de elevación.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS - FISCALÍA DE ESTADO-.

Mendoza, 03/02/23.

Dictamen N° 0116/23. LF-FRM.