

ES COPIA



PROVINCIA DEL CHACO
FISCALIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

Resistencia, 28 de febrero de 2023

VISTO Y CONSIDERANDO:

Para dictaminar en los autos caratulados: "COMITE PROVINCIAL PARA LA PREVENCION DE LA TORTURA CHACO S/ PRESENTACION REF. LEY ETICA Y TRANSPARENCIA EN LA FUNCION PUBLICA" - Expte N°4065/22, originado en la Presentación formulada por la Sra. Selva Anahí Nazruka - Secretaria Ejecutiva de dicho organismo, quien en cumplimiento de lo dispuesto por Resolución N° 340/22 dictada por ese Mecanismo Local de Prevención, corre vista a esta Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Presentación efectuada por la Central de Trabajadores de la Argentina, y solicita se dictamine sobre la pertinencia y legalidad de la situación que a continuación se expone:

Que, según surge de la consulta inicial, la C.T.A. solicitó licencia gremial para la electa Secretaria de Pueblos Originarios, Sra. CABALLERO MÓNICA NOEMI - DNI:32.672.018 para el desempeño de su cargo mientras dure su mandato por el período 01/10/22 al 30/09/26.

La nombrada es Contratada de Obra de dicho Comité y la contratación es efectuada de manera periódica cada 3 meses, renovándola en forma consecutiva.

La Sra. Mónica Caballero solicitó licencia gremial en el marco de las elecciones gremiales y durante el mes de agosto y septiembre 2022 no se presentó a cumplir funciones según constancia de asistencia a la sede del Comité, obrante a fs. 12 de autos, por lo que se solicita se dictamine sobre la pertinencia y legalidad del otorgamiento de licencia por la duración de su mandato.

Asumida la intervención, se procede a analizar la cuestión planteada y emitir dictamen en el marco de competencia otorgada por la ley N°1341- A Etica y Transparencia de la Función Pública Art. 18º Inc. f)

En función de lo expuesto y previo a toda valoración resulta pertinente explicitar previamente las condiciones que rigen la relación laboral establecidas a través de un contrato de Locación Obra, dado que existen distintas modalidades de contrato laboral celebrado en el ámbito público, cada una con características propias.

Si bien las funciones que desempeña la agente son cumplidas en una entidad pública, autárquica y autónoma, creada en el marco de una la Ley Provincial, al Contratado de Obra no le son aplicables

ES COPIA

normas estatutarias, escalafonarias, salariales, provisionales o disciplinarias propias de la relación de empleo público, ya que no mantiene relación de dependencia laboral con el Estado Provincial, no adquiere estabilidad, puede ser rescindido sin causa alguna, la contratada reviste la calidad de oferente de un servicio sin inscripción en el registro de proveedores, debe mantener su regularidad en la ATP - Administración Tributaria Provincial - y en A.F.I.P.; su remuneración no reconoce conceptos de antigüedad, título, asignaciones familiares, S.A.C., ni se le retiene aportes previsionales; no cuenta con Recibo de Sueldo sino que presenta factura para el cobro, motivo por el cual la percepción de su retribución en esta condición no se ajusta a los criterios que enmarcan al sueldo como ser el haber mensual, normal y regular que la administración pública contempla para sus empleados, el locador en esta contratación percibe honorarios, cuya percepción se halla limitada a la conformidad escrita de trabajos u obra otorgadas por el locatario, de manera que por todas estas condiciones, no resulta susceptible de ser considerado como agente público provincial, a diferencia de aquellos contratados temporarios que son clasificados en dicho carácter por el Art. 4º de la ley Nº292-A.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente, que el cumplimiento de la gestión sindical - en este caso como Secretaria de Pueblos Originarios de la Central de Trabajadores de la Argentina en la Provincia del Chaco - constituye un derecho de raigambre constitucional reconocido por el Art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, que exige las garantías necesarias para su desempeño y la continuidad de su empleo, mientras revista esa condición.

Así, mismo la Constitución de la Provincia del Chaco en su artículo 29 establece: "Todo trabajador goza de los siguientes derechos: inc. 12: A la organización sindical libre y democrática."

En este sentido La ley Nº 23.551 de Asociaciones Sindicales prescribe en su art. 48 una serie de garantías que permite a su representante sindical el libre ejercicio de su actividad, entre ellas la licencia automática sin goce de haberes, la reserva de su puesto y ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones en la medida que ocupe cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, calidad que no se acredita en autos respecto de la Central de Trabajadores de la Argentina Autónoma Chaco a la que pertenece la trabajadora. Sin embargo, ello no debe entenderse como un impedimento para el desempeño del cargo en la cual fue electa.

A ello debe sumarse que el organismo

ES COPIA

empleador informó "...que a la fecha no cuenta con estructura orgánica de personal de planta permanente, por lo que todo el personal se encuentra contratado bajo la misma modalidad, quedando a criterio de la autoridades superiores el otorgamiento del uso y goce de los recesos correspondientes a las licencias ordinarias de invierno y verano mediante el dictado de resoluciones..."

La inexistencia de regulación normativa para la obtención específica de licencias gremial en el organismo, sumado al tipo de vínculo laboral que mantiene con su empleador, torna necesario encontrar una respuesta, basada en el principio de razonabilidad que se encuentra presente en los principios del procedimiento administrativo y que permite a través de un juicio de razonabilidad, basado en la lógica, el sentido común y la sana crítica (Ley 179 -A, Art. 114, inc. d): " Principio de la valoración de la prueba según la Sana Crítica: el órgano o funcionario competente para resolver determinará qué actos, hechos o circunstancias deben considerarse probados siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y entendimiento humano, debiendo expresar las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba y fundamentar toda decisión final".

Con respecto al principio de la razonabilidad la doctrina se ha expresado: Juan Francisco Linares ha sostenido que éste principio se funda en el Art. 28 de la Constitución Nacional, que dice "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Éste precepto constitucional también da sustento a la prohibición de la arbitrariedad de la conducta administrativa, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, aparece extensiva para todos los actos de los distintos poderes públicos (Juan Carlos Cassagne, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009).

Siguiendo el mismo criterio, Linares Quintana considera que toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable, y explica que "lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común" (Linares Quintana, Segundo, V., Tratado de Interpretación Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998). La Corte Suprema de la Nación ha sostenido que " es la razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia" CSJN, "Elías, Jalife s/ acción de amparo" 16/12/1993.

ES COPIA

Teniendo presente lo establecido por la Constitución de la Provincia del Chaco, Art. 5º: "Los poderes públicos no podrán delegar sus atribuciones ni los magistrados y funcionarios, sus funciones, bajo pena de nulidad. Tampoco podrán arrogarse, atribuir, ni ejercer más facultades que las expresamente acordadas por esta Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten."

Es decir, que esta FIA entiende, que la medida a tomarse, no debe ser desproporcionada, posibilitando así, que la Administración prepare con cuidado sus decisiones, evitando arbitrariedades y despejando de incertidumbre una situación no reglada, a fin de obtener una solución justa conforme a razón, que mantengan coherencia con las reglas y garantías constitucionales y las potestades estatales; y que no resulte contraria a lo establecido por la ley fundamental, que se logre una adecuada proporción entre la determinación que se adopte y el fin que se desea alcanzar.

En razón de ello y dado que la Sra. Caballero ya ha hecho uso de licencia laboral para el cumplimiento de sus actividades gremiales en reiteradas oportunidades, el suscripto entiende pertinente que deben ser respetadas las garantías constitucionales de la agente, por lo cual si la autoridad de esa dependencia, en el marco de su competencia, ha permitido el goce de la licencia estando vigente el contrato de locación de obra respectivo, interrumpiéndose el mismo por las licencias expresadas ut supra; se debería observar lo establecido por la ley Nº 23.551, Art. 48: "Los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejen de prestar servicios, tendrán derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un (1) año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido".

Debe tenerse presente además, que si las licencias usufructuadas a la fechas, fueron debidamente autorizadas y concedidas por la respectiva autoridad contratante, para la solución que en definitiva se arribe, deberá tomarse en consideración la regla de derecho derivada del principio de Buena Fe como es la Teoría de los Actos Propios que prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad, para limitar los derechos de otra, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior, es decir impone el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior.

Que respecto de la naturaleza y el vínculo

ES COPIA

laboral debe tenerse presente lo que la CJN establece: "El mero transcurso del tiempo y el hecho de prestar servicios por un plazo superior a los doce meses, no pueden trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la administración, pues lo contrario desvirtuaría el régimen jurídico básico de la función pública establecido por la ley 22.140." Gil, Carlos Rafael c/ UTN. s/ nulidad de acto administrativo - indemnización daños y perjuicios, Sentencia 28 de Febrero de 1989.

Resulta pertinente destacar que ésta FIA se halla facultada a emitir opiniones, informes o dictámenes sin efecto vinculante, conforme atribuciones conferidas por la ley N°1341- A Etica y Transparencia de la Función Pública Art. 18° Inc. f) *Asesorar y evacuar consultas, sin efecto vinculante, en la interpretación de situaciones comprendidas en la presente Ley.*

Que corresponde el dictado del presente conforme facultades otorgadas por la normativa citada y teniendo presente lo establecido expresamente en el art. 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo, N° 179 A, *Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, los informes, dictámenes y vistas, aunque sean obligatorias y vinculantes para el órgano administrativo no son recurribles.*

En este sentido, el dictámen es una opinión o juicio, emitido por quien posee competencia, experiencia y conocimientos especiales sobre la materia a dictaminar ; en principio no produce efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho, y debe contener como mínimo, el análisis de las normas vigentes, del caso concreto y de las posibles soluciones a aplicar, siendo parte de la actividad consultiva de la administración (Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho administrativo, Tomo I, Parte General, página X-4).

Debemos tener presente que los dictámenes son opiniones o juicios emitidos por la administración, poseen la naturaleza de acto no jurídico de la administración, orientado a asesorar y a preparar la decisión del órgano que debe resolver. por lo que en principio y al no ser un *acto administrativo* en tanto no importa un acto de emisión de voluntad de la Administración no es susceptible de ser impugnado ni recurrido, en tanto no afecte directamente derechos subjetivos o intereses legítimos.

Al respecto, Cassagne precisa, "siguiendo la postura clásica, que el derecho subjetivo es un poder jurídico otorgado por el ordenamiento legal a una persona, que se vincula a una actual y concreta relación con una cosa o sujeto determinados, circunscripto al orden patrimonial.

ES COPIA

A su vez, el autor explica que el interés legítimo importa un poder de reacción a favor del administrado que se encuentra en una situación especial frente a un reglamento o acto concreto, (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 503 y ss.).

El Dictamen, no obliga en principio, ni extingue o modifica una relación de derecho, sino que se trata de un juicio u opinión, que forma parte del procedimiento administrativo en marcha; son irrecurribles aunque adolecieran de vicios; pueden producir efectos jurídicos, pero indirectos, mediatos o reflejos, pues sólo los pueden afectar a través de los actos dictados en su consecuencia (PTN Dictámenes 259:18- Tomo 259 Página 18).

De esta forma, el dictamen jurídico integra la causa del acto administrativo decisor en tanto que el dato cognoscitivo que contiene es un antecedente fáctico de aquél. (Cfr. BARRA, Rodolfo, "Administración y Actividad Consultiva", en AA.VV., "Cuestiones de Procedimiento Administrativo", RAP, Buenos Aires, 2006, p. 533).

En rigor, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia Nacional sostienen; que los dictámenes jurídicos no son actos administrativos, sino actos internos de la Administración, en la medida que no producen efectos jurídicos directos a los particulares, siendo opiniones no vinculantes que colaboran para que el funcionario pertinente decida conforme a derecho Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10 ed., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 251. (35) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 103).

Tal actividad consultiva, que se materializa por medio de la producción de dictámenes, importa una actividad preparatoria interna de la Administración, en cuya labor no entra en relación con terceros. (BARRA, Rodolfo, "Administración y Actividad Consultiva", en AA.VV., Cuestiones de Procedimiento Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 542.).

Por último los dictámenes obligatorios no vinculantes son aquellos que se deben requerir por ley pero que quien los solicita suministrando sus propios argumentos, puede apartarse de sus términos". En este supuesto, estaría encuadrado el presente dictamen.

Por todo lo expuesto y dentro del marco de competencia legal precitada, ésta FIA opina que corresponde la licencia gremial dentro de las garantías ya analizadas, y culminado el mandato pertinente deberá reestablecerse el contrato de obra por el término que corresponde para

ES COPIA

su finalización.

Por consiguiente, será el Comité para la Prevención de la Tortura de la Provincia del Chaco en su carácter de organismo autárquico y funcionalmente autónomo quien deberá continuar con el procedimiento y en su caso evaluar y decidir en el caso particular de la Sra. Caballero Mónica Noemi, por los fundamentos suficientemente señalados en los considerandos precedentes.

En virtud de lo expuesto, normas legales y doctrina citada, el Fiscal General de Investigaciones Administrativas;

DICTAMINA:

I) **DAR POR CONCLUIDA** la intervención solicitada, teniendo por evacuada la consulta en el marco de la Ley N° 1341 A Art. 18° Inc. f).

II) **HACER SABER** al Comité para la Prevención de la Tortura de la Provincia del Chaco de la Provincia , adjuntando copia del presente Dictamen. Oficiese.-

III) **ARCHIVAR** estos actuados tomando debida razón por Mesa de Entradas y Salidas.

DICTAMEN N° 107/23




Dr. GUSTAVO SANJURJO
Fiscal General
Fiscalía de Investigaciones Administrativas