

ES COPIA



PROVINCIA DEL CHACO
FISCALIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

Resistencia, 14 de junio de 2023.-

VISTO:

Para dictaminar en el Expte. N° 4042/22 caratulado "IN.S.S.SE.P. S/ PRESENTACIÓN REF: CONSULTA AUTARQUÍA Y AUTONOMÍA - LEY 800-H".-

CONSIDERANDO:

Que las presentes actuaciones se inician con la presentación del Presidente de In.S.S.Se.P., Dr. Antonio A. M. Morante, efectuada en el marco de la Ley Nro. 616-A, mediante la que formula consulta respecto a "los alcances de la autarquía y autonomía de este Instituto y de las atribuciones conferidas por Ley 800-H para decidir en materias inherentes a designación, reubicación y remuneración del personal".

El Dr. Morante refiere a las prescripciones de la Ley Nro. 800-H aplicables y a la necesidad de revisar y redefinir los conceptos de autarquía y autonomía. En tal sentido señala que "Las particularidades de los servicios -esenciales e impostergables- y las demandas actuales de afiliados, prestadores, trabajadores, entre otros, hacen que la naturaleza y el contorno de la autarquía del Organismo previsional salga de los marcos elaborados por la dogmática jurídica y se reconozcan potestades implícitas que amplían el contenido de la autarquía o de la autonomía para un realización más dinámica, eficiente y eficaz (menos burocrática y formalista) de su objeto"; que "la necesidad de que la autarquía del Organismo import(a) la facultad discrecional de elegir qué convenios prestacionales celebrar, en función de la calidad, cantidad y complejidad de la atención que precisan sus afiliados"; y en relación a la remuneración del personal que "sobre el Organismo recae la responsabilidad directa del funcionamiento -regular, adecuado y eficiente- de los servicios esenciales que presta. Para el cumplimiento de ese imperativo, resulta imprescindible una gestión particular de los recursos humanos, en materia de retribución y estímulos económicos, que retribuya de manera justa los mayores esfuerzos que implica".

Acompaña a la presentación copia del Dictamen emitido por la Subcoordinación de la Asesoría Legal de Instituto, del cual surge que la Dirección de Administración solicita dictamen a fin de determinar si corresponde o no ratificar por Decreto del Poder Ejecutivo las Resoluciones N° 5603/19, 5604/19, 5858/19, 5959/19 y 5960/19 del Instituto; y pone en conocimiento "eventuales observaciones a realizar por el Tribunal de Cuentas, en el caso que

ES COPIA

las resoluciones de mención no san refrendadas por Decreto"; concluyendo la Asesoría Legal, luego del análisis efectuado sobre autonomía y autarquía, que las resoluciones en cuestión no necesitarían su ratificación por decreto.

Que en virtud de lo expuesto, a fs. 10 se dispuso formar expediente a los efectos de evacuar la consulta efectuada a título de colaboración, destacando el carácter no vinculante de la misma; previo a lo cual y a los efectos de reunir mayores antecedentes se solicitó al InSSSeP la remisión de la reglamentación de la Ley Nro. 800-H aplicable; de las Resoluciones N° 5603/19, N° 5604/19, N° 5858/19, 5959/19 y 5960/19 del Directorio del InSSSeP; de las observaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas de la Provincia a las que refiere el Dictamen de la Sub- Coordinación de Asesoría Legal; copia del Expediente/ Actuación en el marco del cual fue dictado el mismo; y todo otro antecedente que estime pertinente relacionada con la cuestión traída a consulta.

Que en contestación desde la Dirección de Administración del Instituto se remitió informe señalando que las observaciones del Tribunal de Cuentas referidas fueron vertidas de manera verbal; señalando como antecedentes a las mismas el Expte. N° 401170214-26455 correspondiente al Juicio de Cuentas iniciado del año 2014, donde hubo una observación en relación a las atribuciones que la Ley N° 4044 concedía al InSSSeP alegando que no se encuentra previsto el otorgamiento de asignaciones especiales a los agentes del Instituto; y a similares observaciones plasmadas por el órgano en el Requerimiento 15/2022 advirtiendo sobre pagos extraordinarios y solicitando se justifique la erogación informando el encuadre legal del gasto; acompañó copia de las Resoluciones de Directorio requeridas, del Requerimiento N° 15 del Tribunal de Cuentas, Resolución del Directorio N° 2726/2022 y la fs. 16 del Expte. 401170214-26455 (fs. 14/60).

Que la Ley de creación de esta Fiscalía de Investigaciones Administrativas, Ley Nro. 616-A, dispone que corresponde al Fiscal General promover cuando considere conveniente la investigación formal, legal y documental de la gestión general administrativa y de los actos y hechos que puedan ocasionar daños y perjuicios a la hacienda pública provincial.

Que asimismo debe considerar la competencia asignada a esta Fiscalía por la Ley Nro. 1341-A, Ley de Ética y Transparencia en la función pública, como autoridad de aplicación, correspondiéndole en el marco del art. 18 inc. f: "Asesorar y evacuar consultas, sin efecto vinculante, en la interpretación de situaciones comprendidas en la presente Ley"; debiendo considerarse al efecto el art. 1 de dicha norma que establece principios y deberes de la función pública tales como: "a) Cumplir y hacer cumplir

ES COPIA

estrictamente las normas de las Constituciones Nacional, Provincial 1957-1994, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten, respetando el principio de supremacía establecido por la Constitución Nacional y la defensa del Sistema Republicano y Democrático de Gobierno. b) Desempeñar sus funciones con observancia y respeto, a los principios y pautas éticas establecidas en la presente, basados en la probidad, rectitud, lealtad, responsabilidad, justicia, solidaridad, tolerancia, imparcialidad, buena fe, trato igualitario a las personas, austeridad republicana y velar en todos sus actos por los intereses del Estado, la satisfacción del bienestar general privilegiando el interés público por sobre el particular y el sectorial...".

Por otra parte, el art. 15 inc. n de la Ley Nro. 800-H establece entre los deberes del Directorio del InSSSeP "Someter a la jurisdicción de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas u organismos judiciales competentes toda cuestión que haga aconsejable la determinación de responsables y/o que pongan en peligro el patrimonio del organismo".

En virtud de lo expuesto, esta Fiscalía resulta competente para tomar intervención en ejercicio de las facultades discrecionales asignadas al suscripto, a los efectos de evacuar la consulta efectuada a título de colaboración, destacando que la opinión que será vertida en el presente Dictamen no reviste carácter vinculante para el propio Organismo consultante, ni para otros organismos vinculados a la cuestión puesta bajo análisis, los que despliegan sus facultades en el marco de las competencias asignadas por las respectivas normas.

I.- Que a los efectos de análisis solicitado debe considerarse en primer lugar la Ley de creación del InSSSeP que en el art. 1 establece "El Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos de la Provincia del Chaco es un organismo autárquico y funcionalmente autónomo de la Administración Pública Provincial y Municipal, y funcionará con autonomía presupuestaria e individualidad económico-financiera, observando las normas contables vigentes...".

En razón del art. 1 de la Ley Nro. 800-H, y la consulta solicitada, amerita conceptualizar autonomía y autarquía en el derecho administrativo, ya que "la adecuada calificación "deriva del análisis conjunto de sus características y régimen jurídico", debiéndose tener en cuenta que, al margen de ciertas digresiones doctrinarias" (CNFed Civ. y Com., Sala 2, Causa 8396, de 7.12.79).

II.- Así desde la doctrina, autores como Bielsa, entienden que "La autonomía es esa independencia legislativa que obtiene un organismo del Estado. Es una característica que tienen los poderes y algunas entidades del

ES COPIA

Estado, la cual les es conferida por Ley. Esto no implica un autogobierno, solo ciertas facultades de decisión que las hacen no depender de poderes jerárquicamente superiores".

Salvador E. Bauza indica que la autonomía es la facultad que tiene algunos entes de organizarse, de darse sus propias normas de gobierno y de administrarse dentro de ciertos límites. Facultad que tiene determinado ente de poder dictarse sus propias normas, las que deberán estar sujetas a las leyes de jerarquía superior. La autonomía no es no depender de nadie, pues esto supone ser autosuficiente.

Como elementos de la Autonomía pueden señalarse: duración del mandato y mecanismos de elección y remoción de los funcionarios de mayor rango; proceso de captación y asignación de los recursos presupuestarios; régimen de personal; rendición de cuenta ; la independencia en la utilización de instrumentos y la determinación de objetivos.

Las entidades autónomas tienen independencia para definir sus políticas y estrategias dirigidas a controlar el cumplimiento de las obligaciones; capacidad de diseñar una política flexible de recursos humanos y materiales, adaptada a las necesidades funcionales de la organización. Por ello, debe tener facultades para definir la política de selección, capacitación, contratación y cese de personal; así como las categorías ocupacionales y los niveles remunerativos aplicables a estas. Del mismo modo, debe tener facultad para definir, asignar y ejecutar su política de manejo de recursos, adquisiciones y contrataciones.

A más de ello, en general, la autonomía puede llegar a tener una triple vertiente: política, administrativa y financiera. La autonomía administrativa se refiere a la capacidad que tiene cualquier institución para gestionar y resolver los asuntos propios de su competencia y organización interna, sin la intervención de otras instituciones o intervención de autoridades, contando con facultades normativas para regular esos temas. El ente descentralizado tiene la facultad de actuar por sí mismo y administrarse a sí mismo.

La autonomía política es la capacidad que posee cualquier entidad de obtener sus propias autoridades y la capacidad de éstos de tomar decisiones dentro del marco de las leyes sin interferencia de parte de otras instituciones.

Mientras que la autonomía financiera es la capacidad que tiene toda institución de contar con los recursos propios necesarios para cumplir con

ES COPIA

las funciones que la ley le impone. También se puede entender como la obtención o asignación de un fondo de financiamiento operacional que una entidad puede manejar libremente a través de su autoridad correspondiente.

En el derecho administrativo, la autonomía funcional o administrativa y la autonomía financiera tienen un significado claro indicando la competencia descentralizada del organismo, lo cual se refiere a un nuevo ente separado de la administración central, dotado de su personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan su voluntad.

Además puede considerarse la autonomía en la política de incentivos, que se refiere a la relación entre objetivos e incentivos ocupacionales; tener la posibilidad de aplicar un esquema de incentivos que afecte el salario de los funcionarios, lo cual es una forma efectiva de involucrarlos en el logro de las metas, a la vez que un estímulo que favorece la efectividad del desempeño administrativo.

La autonomía en gerencia de recursos humanos y en política de incentivos refiere a la necesidad de autonomía administrativa, con flexibilidad para la adecuación de la estructura orgánica y funcional de la institución a sus diversas etapas de desarrollo, que permite, por ejemplo, incorporar ajustes a la estructura organizacional, diseñar políticas de administración de recursos humanos y políticas salariales que tengan impacto positivo para el logro de los objetivos institucionales.

III.- En cuanto a la **autarquía** - proviene del griego y significa «gobernarse a sí mismo»- es un concepto nacido en virtud de la descentralización administrativa institucional. La administración autárquica no se realiza por los organismos centrales, sino por personas jurídicas públicas creadas por el Estado. Es la llamada administración "indirecta" del Estado.

En tal sentido la jurisprudencia tiene dicho que la autarquía es sustancialmente una forma de descentralización administrativa que se caracteriza por la creación de una entidad con personalidad distinta a la del Estado para el ejercicio autónomo de funciones que, de lo contrario, deberían ser asumidas por el poder central de modo directo (Corte Suprema, Fallos: 221:100; 222:395; 252:375).

Dice Marienhoff: "como nada puede o debe hacerse en contra de lo que establece la Constitución, hay que reconocer que debe aceptarse que la creación de las entidades autárquicas las efectúe el Poder Ejecutivo, mediante decreto, o el Poder Legislativo, mediante ley formal, según que al efecto cada uno de esos poderes ejercite facultades constitucionales que les

ES COPIA

sean propias, dándole así expresas atribuciones al Congreso para crear dichas entidades autárquicas. Mientras esta reforma no se efectúe, entre nosotros las entidades autárquicas institucionales deberán ser creadas por el Ejecutivo o el Legislativo, según los casos..." (Marienhoff, Miguel S. - Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I - Administración Pública. Derecho administrativo. Estado y Administración Pública. Organización administrativa).

Al decir de Marienhoff, la entidad autárquica es la persona pública estatal con aptitud legal para administrarse a sí misma, en cumplimiento de sus fines específicos, conforme a la norma que le dio origen.

Como elementos constitutivos de las entidades autárquicas pueden mencionarse: la personalidad jurídica propia; "sustractum" económico financiero que permita la constitución de un patrimonio de afectación a fines determinados; y el cumplimiento de una finalidad específicamente estatal, es decir, no industrial o comercial (CNFed Civ. y Com., Sala 2, Causa 8396, de 7.12.79).

En lo que respecta al control, las entidades autárquicas se encuentran sujetas a un control administrativo, sin que ello signifique que se encuentran sujetas al órgano central. En tanto como se vio, el órgano autárquico está facultado para administrarse a sí mismo sin que ello implique que no tiene un control o que está exento de todo. En tales casos, la función fundamental del órgano central es la de controlar en la medida que se cumplen los fines. El control al que nos referimos es un conjunto limitado de facultades que el derecho positivo le otorga al ente central, a fin de velar por la legalidad de los actos y el cumplimiento general.

El control puede ser, según su objeto, solo de legalidad o de oportunidad, mérito o conveniencia; el de legalidad asegura que todos los actos del ente autárquico armonicen con el derecho positivo; procede en los casos en que se encuentra en juego preceptos legales. Por otro lado el control de mérito, conveniencia y oportunidad se realizar para una mejor administración.

El Poder Ejecutivo mantiene sobre todas las entidades autárquicas institucionales sus potestades de control, pero con la siguiente diferenciación: sobre las creadas por el Poder Legislativo (Congreso o Cámara de Diputados Provincial) el de legitimidad; sobre las creadas por decreto del Poder Ejecutivo, el control es amplio, incluyendo el de legitimidad y el de oportunidad, mérito o conveniencia.

Asimismo, como expone el profesor Carlos Balbín, los entes autónomos y autárquicos deben ser controlados al igual que cualquier otro ente

ES COPIA

estatal por el órgano de fiscalización externa -como lo es en nación la AGN-; por lo que en el orden Provincial cumple dicha función el Tribunal de Cuentas (Carlos Balbin - Manual de Derecho Administrativo, 3ra ed., La Ley, 2015).

No hay entidad autárquica que esté exenta del control administrativo: autarquía no significa independencia sino facultad de auto administrarse, el patrimonio le permite cumplir sus fines y desenvolver su acción.

IV.- Determinado entonces que el InSSSeP es un órgano perteneciente a la Administración Descentralizada, y que por Ley de la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco se le otorga el doble carácter de autónomo y autárquico, corresponde proceder al análisis de estos caracteres dentro del marco conceptual y legal propio del órgano en cuestión.

El InSSSeP es un ente descentralizado con fines estatales específicos y directos como lo es "el régimen de jubilaciones y pensiones, el régimen de obra social y alta complejidad, régimen de seguros y subsidios laborales y el régimen de préstamos y caja complementaria financiera, para los agentes de la administración pública provincial y municipal" (art. 3, Ley Nro. 800-H); cuya reconversión fue establecida por la Ley N° 4044, actual Ley Nro. 800-H. En virtud de lo cual le corresponde la aplicación del derecho público aun cuando en sus relaciones jurídicas el derecho privado es "parte de su entramado normativo".

Para comprender el alcance de la autarquía y la autonomía a fin de establecer las facultades, atribuciones y también los límites, debe tenerse presente que en un primer plano debe estarse a lo que dice la ley, o sea la voluntad del legislador en cuanto a la naturaleza que quiso darse al organismo en análisis; luego la esencia del ente, el para qué, su objeto y luego su fin, o finalidad legal.

Dice la Ley Nro. 800-H de creación del organismo que "la entidad cumplirá sus funciones en favor de los afiliados obligatorios, indirectos, voluntarios y de los adherentes de acuerdo a las condiciones establecidas en la presente ley". En los artículos subsiguientes se establece las obligaciones del ente, su gobierno y administración, conformación, misiones y funciones del Directorio, etc.

En cuanto a la autonomía asignada al InSSSeP por dicha norma, se desprende de su art. 1 que la misma es de tipo funcional, administrativa y presupuestaria. Con lo cual, conforme los conceptos vertidos precedentemente y los elementos antes descriptos, le corresponde la

ES COPIA

capacidad de administrarse a sí mismo, resolver todo asunto que se encuentre dentro de la competencia que le fue asignada por ley y dictarse sus propias normas. No obstante que el ejercicio de la autonomía presupuestaria e individualidad económica financiera deberá observar las normas contables vigentes (Art. 1 Ley Nro. 800-H).

En tal sentido el organismo tiene capacidad para dictar el reglamento interno, nombrar y remover a sus empleados y proyectar y ejecutar su presupuesto, etc.; sin perjuicio, como se expusiera precedentemente, de las facultades propias legales y constitucionales del Señor Gobernador, como mandatario legal de la Provincia y jefe de la administración (art. 141 de la Constitución Provincial), superior jerárquico con control de legitimidad.

Las capacidades asignadas al organismo, como se ha señalado, no son absolutas en tanto no importan autogobierno. Por lo que, además de encontrarse circunscriptas a los fines que le son propios, deben sujetarse a las normas provinciales de aplicación al Sector Público Provincial.

A título ejemplificativo de tales limitaciones, particularmente en cuanto a la autonomía presupuestaria y a la individualidad económica financiera debe destacarse el art. 15 inc. o) de la Ley Nro. 800-H, que al definir los deberes y facultades del Directorio establece "Remitir antes del 30 de junio de cada año el anteproyecto de presupuesto de gastos y recursos del InSSSeP al Poder Ejecutivo a fin de posibilitar que en tiempo y en forma se eleve a la Cámara de Diputados para su aprobación".

El inciso da cuenta de la autonomía presupuestaria, al tiempo que establece límites a la misma en tanto el presupuesto debe remitirse al Ejecutivo Provincial y éste hace lo propio a la Cámara de Diputados para que sea aprobado. A tal previsión debe agregarse que la confección del presupuesto de la jurisdicción debe realizarse conforme los lineamientos generales para su formulación, conforme metas y prioridades de gobierno, tal como lo dispone el art. 39 de la Ley Nro. 1092-A.

Esto se debe a que el InSSSeP integra el Subsector 3 del Sector Público Provincial y por lo tanto la Administración Pública Provincial conforme lo establece el art. 4 inc. 3.1 de la Ley Nro. 1092-A. En tal carácter, le resultan aplicables las prescripciones de la referida norma, y su proceso presupuestario debe llevarse a cabo con ajuste a los principios, órganos, normas y procedimientos allí previstos (Art. 22). Asimismo, el art. 23 in fine establece que "Los presupuestos de los organismos integrantes del Subsector 3 se aprobarán mediante artículos específicos de la respectiva ley anual de presupuesto provincial, la que podrá delegar en el Poder Ejecutivo atribuciones

ES COPIA

para la aprobación y modificación de tales presupuestos".

Estas disposiciones derivan del carácter estatal del patrimonio del ente, en virtud del cual y sin perjuicio de la autonomía, debe seguir las normas provinciales aplicables para establecer su presupuesto y consecuentemente disponer de los recursos asignados.

Así siendo un ente autónomo creado por Ley del Poder Legislativo, tiene facultades reglamentarias, pero que comprende solo a las materias directamente vinculadas con su carácter especial.

Por otra parte, el carácter de organismo autárquico asignado al InSSSeP, le otorga la condición de ente descentralizado, con personalidad jurídica propia, con un fin público establecido en la norma de creación, funciones y recursos asignados en tal sentido. Tiene potestad para gestionar y administrar sus recursos materiales y humanos, fijar sus objetivos, planificar sus políticas, con capacidad de regulación y decisión para su orientación de las políticas públicas.

Ante lo cual debe tenerse presente las consideraciones efectuadas precedentemente respecto al control de la entidad, correspondiendo conforme lo expuesto y por tratarse de un organismo creado por ley el control del Poder Ejecutivo Central sobre la legitimidad de los actos del ente, y no de oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en ejercicio y para el cumplimiento de las funciones descentralizadas asignadas; así como el control de los organismos de control externo como el Tribunal de Cuentas y esta Fiscalía, en el marco de las competencias asignadas.

V.- En conclusión, se destaca por un lado que la autarquía y autonomía del Instituto, como ente descentralizado, habilitaría a la determinación de medidas que hagan a su funcionamiento y a la gestión de su presupuesto, sin necesidad de intervención del Ejecutivo Provincial; y por el otro, que tales atribuciones no son absolutas, sino que se encuentran insertas en las normas provinciales de alcance general para la Administración Pública Provincial, y particularmente como refiere el art. 1 "las normas contables vigentes", entre las que puede mencionarse la Ley de Administración Financiera del Sector Público Provincial - Ley Nro. 1092-A y las normas que la reglamentan.

Que como surge del análisis efectuado y en virtud de la consulta, la extensión y la aplicación de los conceptos de autonomía y autarquía debe ser considerado a la luz de cada circunstancia particular, a los efectos de la aplicación de la normativa que en cada caso resulta pertinente. Destacando en tal sentido que la presentación del Presidente del InSSSeP

ES COPIA

obrante a fs. 2/3 mediante la que realiza la consulta es de carácter genérica y no alude a una situación particular respecto a la que deba expedirse esta instancia.

Sin embargo, a los efectos de circunscribir el requerimiento, considerando los antecedentes remitidos con la consulta y luego a requerimiento de esta Fiscalía, se observa que la misma se refiere particularmente a la necesidad o no de que Resoluciones dictadas por el Directorio del InSSSeP vinculadas a la gestión de los recursos humanos y a la creación o extensión de asignaciones especiales para los trabajadores, sean refrendadas por Decreto Provincial; consulta que surge a partir de eventuales observaciones al respecto del Tribunal de Cuentas.

En tal sentido debe distinguirse el análisis respecto a cada uno de los supuestos:

1. Sobre las resoluciones dictadas por el Directorio vinculadas a la gestión del personal del Instituto debe considerarse el art. 15 de la Ley Nro. 800-H que establece en el inciso j) la facultad del Directorio para "Realizar todo acto administrativo y/o técnico para el mejor cumplimiento de los objetivos del InSSSeP y de las funciones que encomienda la presente..." y en el inciso s) la facultad para "Designar, reubicar, sancionar y remover al personal del InSSSeP".

Que teniendo en cuenta particularmente las Resoluciones vinculadas a la consulta se observa que la Resolución N° 5603/19 que aprueba resultados y orden de mérito de concurso de méritos, antecedentes y oposición; y aprueba corrimiento de los cargos y recategorización de personal de planta permanente (fs. 47/52) y la N° 5604/19 que aprueba propuesta de reestructuración, corrimiento de cargos e incorporación a la planta permanente del personal de planta transitoria individualizado (fs. 42/46), se enmarcan en el Decreto N° 1618/20 que aprueba el "Reglamento del procedimiento de concurso para cubrir cargos jerárquicos y cargos de nivel inferior no jerárquicos vacantes de los organismos de la administración central del Poder Ejecutivo, descentralizados y autárquicos" y en el Decreto N° 2377/19 que reglamenta la metodología de concurso interno de antecedentes y oposición para los agentes que ya prestan servicios en la Administración Pública Provincial para cubrir cargos de nivel superior en los términos del art. 7 de la Ley Nro. 292-A.

Asimismo, la Resolución N° 5958/19 que designa a personal en la planta permanente del InSSSeP (fs. 40/41) se enmarca en el Decreto N° 4363/19 que crea 23 cargos en el Instituto.

Así también, la Resolución 959/19 que aplica la reestructuración escalafonaria prevista en los arts. 1° y 2° del Dto. 2377/19 en

ES COPIA

las modalidades establecidas en el Dto. 2154/19 a la totalidad de agentes de planta permanente del InSSSeP (fs. 38/39), se funda en normas provinciales que establecen pautas generales para la promoción de la carrera administrativa.

Las Resoluciones reseñadas se enmarcan en pautas normativas provinciales generales y fueron dictadas en ejercicio de la facultad otorgada por el art. 15 inc. s de la Ley Nro. 800-H al Directorio del InSSSeP, por lo que no requerirían Decreto de ratificación.

2. Otro análisis requieren las Resoluciones que crean o extienden el alcance de asignaciones especiales para los trabajadores respecto a las cuales se realiza la consulta.

Las mismas son dictadas por el Directorio en ejercicio de la facultad amplia y genérica prevista en el inc. j del art. 15 de la Ley Nro. 800-H que habilitan a que realice todo acto administrativo y/o técnico para el mejor cumplimiento de los objetivos del InSSSeP.

Éstas comprenden la disposición de recursos públicos y tienen que ver con la determinación de las retribuciones del personal del Instituto, lo que no se encuentra previsto expresamente entre las atribuciones y facultades del Directorio.

Conforme los antecedentes remitidos, las retribuciones de los trabajadores del Instituto se encuentran sujetas a las previsiones de la Ley Nro. 196-A, que resulta aplicable a todos los agentes que presten servicios en forma permanente en las reparticiones de la Administración Central y Organismos Descentralizados o Autárquicos y establece las remuneraciones que a éstos les corresponde; y a la Ley Nro. 292-A que establece el Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial, sus modificatorias y decretos reglamentarios.

Asimismo debe considerarse la aplicación de la Ley Nro. 724-A, que establece en el art. 1º: "A partir de la fecha de publicación de la presente ley, las escalas de remuneraciones básicas y adicionales de las autoridades superiores y de todos los cargos de las diferentes categorías de personal, cualquiera sea su denominación, de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, Tribunal de Cuentas, Fiscalía e Investigaciones Administrativas, Organismos Autárquicos y Descentralizados, sólo podrán ser aprobadas o modificadas por ley".

Al respecto, tiene dicho la Sala Segunda de la Cámara en lo Contencioso Administrativo "...tanto el artículo 1º de la Ley N° 724-A -Ley N° 3755- como el art. 119 inciso 3º de la Constitución Provincial se encuentran estrechamente vinculados, y si bien, no poseen idéntico orden normativo, su

ES COPIA

naturaleza jurídica es la misma, en tanto establecen como elemento condicionante para la validez de los actos administrativos -sobre remuneraciones- que éstos deben ser sancionados por ley. Y es dicho acto, el que puede hacer desaparecer el vicio que padece una Resolución o Decreto ante la falta de sustento normativo..." (CCA, Sala 2, N° 20, Expte. 8370/16, 22/03/2023).

En tal contexto normativo debe considerarse la Resolución del Directorio N° 5960/19 remitida como antecedente de la consulta (fs. 36/37), la cual extiende el concepto de "Asignación Compensatoria Personal" creado por Decreto 1708/13 a los agentes del organismo que no lo percibían, como así también para agentes que percibían sumas menores al monto establecido; determinando además el monto del concepto.

La extensión de la asignación requiere una erogación que debe imputarse al presupuesto de la jurisdicción en las partidas presupuestarias correspondientes, implicando la disposición de recursos públicos.

Así como el InSSSeP se rige con el escalafón previsto en la Ley Nro. 196-A y aplica un Decreto Provincial que crea asignaciones para los trabajadores; en caso de pretender su extensión a sujetos no alcanzados por el mismo requiere un instrumento de igual naturaleza al efecto.

Esto se debe a que la mencionada autonomía presupuestaria reconocida al Instituto, no es absoluta y debe ajustarse a normas provinciales tal lo prevé el art. 1 de la Ley Nro. 800-H; lo que resulta conteste con la doctrina y jurisprudencia referenciada precedentemente.

En igual sentido se opina respecto a la creación de asignaciones no previstas en la Ley Nro. 196-A, en concepto de pagos extraordinarios para el personal de Organismo.

Tal es el caso de la Resolución del Directorio del InSSSeP N° 2726/20 remitida por el organismo entre los antecedentes, mediante la cual se autoriza el pago extraordinario y por única vez al personal del Organismo con motivo de celebrarse el Día de Padre, considerando una solicitud de la Asociación Gremial del Personal de IPS.

Dicha Resolución sólo refiere a la causa del acto, considerando una solicitud de la Asociación Gremial del Personal de IPS y refiere en términos genéricos las atribuciones autárquicas y autónomas, presupuestarias y financieras previstas en la Ley Nro. 800-H; pero no se encuentra adecuadamente fundada, debiendo justificarse la erogación, considerarse la factibilidad presupuestaria e indicar la imputación en la partida presupuestaria correspondiente.

En tal sentido, esta Resolución fue objeto de observaciones por

ES COPIA

el Tribunal de Cuentas mediante el Requerimiento 15/2022, que señaló al respecto "Gasto no justificado: se solicita justifique la erogación informando el encuadre legal del gasto, con cita en la norma legal pertinente. Incorrecta imputación presupuestaria. No hay informe de factibilidad presupuestaria. No obra instrumento legal de autorización de pago" (fs. 19/35).

Asimismo de los antecedentes remitidos por el INSSSeP surgen observaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en el marco del Juicio de Cuentas del año 2014 en el Expte. N° 401170214-26455, en relación a la autorización por resoluciones del Directorio de asignaciones especiales extraordinarias por hijo en edad escolar, anticipos por el día del trabajador y ayuda escolar, refiriendo que en relación a cada una de ellas que no tienen sustento legal para su asignación y pago, no están previstas en las Leyes N° 1276, 2017, 6010 y modificatorias (actualmente leyes Nro. 196-A, 292-A y 1584-A); y que su otorgamiento no está previsto dentro de las atribuciones del Directorio según el Régimen de Seguridad Social de Jubilaciones, Retiros y Pensiones para el Personal de la Administración Pública Provincial y Municipal (fs. 18).

En virtud del análisis efectuado, el requerimiento de que las asignaciones especiales aprobadas por el Directorio del Instituto, no previstas en las leyes provinciales aplicables, se encuentren autorizadas por el instrumento legal pertinente se desprende como se ha dicho del carácter público de los recursos y el origen de los mismos, así como de los principios de legalidad y juridicidad.

El financiamiento de los entes descentralizados está compuesto por recursos del tesoro y por recursos propios. En el caso del InSSSeP, cuenta con recursos propios provenientes de los fondos de jubilaciones, retiros y pensiones, de obra social, de alta complejidad, de seguros y subsidios laborales y de préstamos y caja complementaria financiera, conforme los arts. 31 y 35 de la Ley Nro. 800-H. Asimismo, el legislador debe garantizar los recursos mínimos y suficientes para su funcionamiento a través del presupuesto general de gastos.

Por lo que, dado el carácter público de los fondos, aun cuando el organismo cuente con la disponibilidad económica financiera que permita la asignación de emolumentos extraordinarios a sus trabajadores, la disposición de tales fondos debe encontrarse prevista en norma legal pertinente, en virtud de los principios de legalidad y juridicidad; en tanto como se ha reiterado, la autonomía financiera permite el manejo de fondos pero siempre dentro de los parámetros normativos provinciales vigentes.

A mayor abundamiento deben distinguirse, este tipo de

ES COPIA

asignaciones "extraordinarias", no previstas en las normas que establecen las remuneraciones de funcionarios y empleados del organismo; de aquellas previstas en las normas provinciales aplicables. En este segundo grupo se encuentran por ejemplo las bonificaciones por antigüedad, de compensación jerárquica, por incompatibilidad o por dedicación, bonificación por zona desfavorable, por título, por riesgo de vida entre otras previstas en la Ley Nro. 196-A y en la Ley Nro. 292-A. Y dentro de este último grupo también pueden distinguirse aquellas cuyo otorgamiento -cuando se cumplen las condiciones exigidas en la norma- resultan obligatorias para la autoridad (ejemplo: bonificación atribución, por incompatibilidad, por título, por riesgo de salud); de aquellas cuya asignación quedará a criterio y discrecionalidad del otorgante según las condiciones de servicio lo requieran (ejemplo: bonificación por dedicación, horas extras).

En virtud de la autonomía administrativa y financiera asignada por ley al InSSSeP, mediante las resoluciones del Directorio pueden otorgarse aquellas asignaciones o bonificaciones previstas en las leyes provinciales (ej. Las previstas en la Ley Nro. 196-A) aplicables al personal del organismo, sin necesidad de intervención alguna por parte del Poder Ejecutivo Central. Correspondiendo respecto de tales actos solamente un control de legalidad, y no de oportunidad mérito o conveniencia aun cuando se trate de asignaciones que se otorgan en uso de la discrecionalidad habilitada por Ley.

Así, incluso en el caso de bonificaciones optativas previstas en las leyes, su otorgamiento queda a criterio de la autoridad del Instituto, en ejercicio de facultades discrecionales y en el marco de la autonomía y autarquía que le corresponde al órgano. En tanto las mismas responden a incentivos salariales y tienen por finalidad dotar de mayor productividad al ente; tal es el caso de la bonificación por mayor dedicación. La conveniencia de su otorgamiento, no puede ser controlado por el ejecutivo provincial ni por organismos de control externo, aunque sí su legalidad.

En lo que respecta a asignaciones no previstas en las leyes provinciales que enmarcan las retribuciones de los trabajadores (por ejemplo la asignación por el Día del Padre autorizada por Resolución N° 2726/20), esta FIA entiende que el InSSSeP a través de su Directorio goza de facultades propias y discrecionales en cuanto a la oportunidad, mérito o conveniencia para su otorgamiento; pero la disposición de los fondos para dicho pago, además de la previsión presupuestaria, debe contar con el antecedente legal de un Decreto del Gobernador a fin de dotarlo de legitimidad en el marco de la Ley de Presupuesto del ejercicio correspondiente.

Asimismo, como ya se ha advertido, las Resoluciones del

ES COPIA

Directorio que aprueban estas asignaciones deben estar suficientemente motivadas, y conforme las observaciones efectuadas en situaciones análogas por el Tribunal de Cuentas, debe encontrarse justificada la erogación, considerando la factibilidad presupuestaria, identificando correctamente la imputación a la partida presupuestaria pertinente.

Que, en razón de lo hasta aquí expuesto y en atención a que en la consulta inicial suscripta por el Señor Presidente del InSSSeP se expresa "que la autarquía del organismo importa la facultad discrecional de elegir que convenios prestacionales celebrar, en función de la calidad, cantidad y complejidad de la atención que precisa sus afiliados", resulta oportuno destacar entonces que la autarquía le concede cierta discrecionalidad para actuar en determinadas situaciones que hacen a sus propios fines previstos en la Ley Nro. 800 H.

Pero, es necesario destacar que la discrecionalidad "es la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y momento de su actividad, dentro de los fines de la ley"(COMADIRA Julio R., ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 1ª ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 108.)..."es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico"(BALBIN, Carlos F., Curso de derecho administrativo, Tomo I - 1a ed. 1ra. reimp. - Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 485)..."la ley permite al intérprete, ante una determinada situación fáctica, realizar una elección entre varias alternativas igualmente legítimas o adaptadas a la juridicidad" (HUTCHINSON, Tomás, Derecho procesal administrativo: Tomo I- 1ª ed. - Santa fe: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 290).

Por lo tanto la discrecionalidad si bien otorga cierta libertad de actuación al organismo, ello debe igualmente estarse al ordenamiento jurídico.

Así, Carlos Balbín "el ejecutivo puede elegir entre dos o más opciones igualmente válidas, el criterio o el móvil de aquél para resolver el caso es el mérito, la conveniencia o la oportunidad. Éste es el motivo por el cual el ejecutivo resuelve, en el caso concreto y singular, de un modo y no de otro. Por ello, el carácter discrecional, insistimos, es la posibilidad del ejecutivo de optar entre dos o más soluciones plausibles jurídicamente; y, por su parte, el criterio de oportunidad es el motivo por el cual el ejecutivo, en el caso puntual, eligió una de esas soluciones entre varias posibles".

Por ello esa actuación "discrecional" obliga a fundar adecuadamente el *porqué* de tal decisión. Y esa decisión debe contener además de su oportunidad, su legitimidad. Ello es así toda vez que la Administración debe

ES COPIA

actuar dentro de principio de legalidad o de juridicidad, respetando aquello que la norma legal le permite hacer. " El hecho de que la potestad discrecional deba ser ejercida por los gobernantes y administradores que lo tengan atribuido, no significa que sea un poder exento de límites legales" (EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL ACTO ADMINISTRATIVO por Facundo Alberto Sala - Universidad Austral, Bs As 2018)

La CSJN en "Silva Tamayo" (2011) dijo "si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de las exigencias de 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, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o en su caso circunscribirla a la mención de citas legales que contemplan una potestad genérica la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto exige la ley..."Es precisamente la legitimidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos..." (CSJN S. 897. XLV. "SILVA TAMAYO, GUSTAVO EDUARDO C/ PEN – SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN – RESOL. 58/03 S/ EMPLEO PÚBLICO.")

Que, analizada como ejemplo la Resolución 2726/20 donde se expresa "en base a las atribuciones autárquicas y autónomas , presupuestarias y financieras establecidas por Ley Nro. 800 H.... se considera procedente autorizar un pago..." la justificación expuesta no es suficiente para dar validez y razonabilidad al acto en cuestión, por ello esta FIA considera que deben justificarse la erogación, citar el encuadre legal del gasto y mencionar tanto la imputación adecuada como la factibilidad presupuestaria. Así también se considera pertinente que estos pagos sean previamente autorizados o ratificados por Decreto, sin perjuicio de la justificación de los demás fundamentos ya mencionados.

VI. Que a más de que la opinión de esta Fiscalía es coincidente con las observaciones vertidas por el Tribunal de Cuentas, debe resaltarse el carácter constitucional de Órgano de Control Externo que ostenta el Tribunal de Cuentas, con las atribuciones asignadas por la Constitución y por la Ley Nro. 831-A; la cual establece además que el mismo tiene el imperio necesario para hacer cumplir sus decisiones, para afirmar su inviolabilidad funcional e independencia ante las entidades sometidas a su jurisdicción; siendo sus fallos recurribles únicamente ante el fuero contencioso administrativo.

Debiendo considerarse en tal sentido el art. 5 de la

ES COPIA

Constitución Provincial que establece "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".

La autonomía reconocida al InSSSeP no obsta de modo alguno al control del Tribunal de Cuentas, ni de otros organismos de control; el cual en el caso de estudio será respecto a la legalidad de los actos y no respecto a la oportunidad, mérito o conveniencia de los mismos.

En virtud de lo expuesto a los fines de considerar los efectos del presente dictamen, debe reiterarse el carácter no vinculante de la opinión vertida por el suscripto. Al tiempo de ponderar el carácter del Tribunal de Cuentas, como autoridad con imperio exclusivo y excluyente para aprobar o desaprobar las rendiciones de cuentas y para determinar la responsabilidad administrativa, patrimonial y contable, (art. 5 - Ley Nro. 831-A); en virtud de lo cual el presente no resulta oponible a las decisiones que deriven de su intervención.

Por todo lo expuesto, normas legales citadas y facultades conferidas por Ley Nro. 616-A y Ley Nro. 1341-A;

EL FISCAL GENERAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

DICTAMINA:

I.- **HACER SABER** al Presidente del InSSSeP a los fines que estime corresponder y con los alcances expuestos en los considerandos, que a criterio de esta Fiscalía:

a. La autonomía funcional y presupuestaria y la autarquía asignada al InSSSeP conforme Ley Nro. 800-H, no tienen carácter absoluto y se encuentran circunscriptas a los fines que le son propios y a las normas generales, siendo el Instituto parte del Sector Público Provincial y por tanto de la Administración Pública Provincial.

b. Las Resoluciones del Directorio del InSSSeP vinculadas a la gestión del Personal enmarcadas en las facultades asignadas en el inciso j) del art. 15 de la Ley Nro. 800-H son atribuciones propias del organismo.

c. El InSSSeP a través de su Directorio, cuenta con facultades de "oportunidad" para el reconocimiento de asignaciones especiales a empleados permanentes, de gabinete, adscriptos y autoridades del organismo, no previstas en la normas generales (como por ej. Ley Nro. 196 A y Nro. 292

ES COPIA

A); sin perjuicio de lo cual la disposición de los fondos para dicho pago debe contar con el antecedente legal de un Decreto a fin de dotarlo de "legitimidad", debiendo formar parte de la motivación de los actos administrativos o resoluciones que al efecto emita el Directorio los fundamentos de factibilidad presupuestaria, conforme los considerandos suficientemente expuestos.

II.- TENER POR CONCLUIDA la intervención de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, en el marco de la Ley Nro. 616-A y Ley Nro.1341 A art. 1 inc. a) y art. 18 inc. f).-

III.- PUBLICAR el presente Dictamen en la página web de esta Fiscalía.-

IV.- LIBRAR el recaudo pertinente.-

V.- ARCHIVAR las actuaciones sin más trámite.-

VI.- TOMAR razón por Mesa de Entradas y Salidas.-

DICTAMEN Nº 117/23




Dr. GUSTAVO SANTIAGO LIGUEMANON
FISCAL GENERAL
Fiscalía de Investigaciones Administrativas