



Expte. N° 27.057/04
c/6 agregados
MINISTERIO DE RELACIONES EX-
TERIORES, COMERCIO INTERNA
CIONAL Y CULTO

167

Procuración del Tesoro de la Nación

BUENOS AIRES, : 9 FEB 2005

SEÑOR SUBSECRETARIO
DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL
DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES,
COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO:

Se solicita la opinión de esta Procuración del Tesoro de la Nación, acerca de la procedencia del recurso de reconsideración interpuesto por la funcionaria del Servicio Exterior de la Nación, Consejero de Embajada y Cónsul General Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi, contra la Resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto N° 882 del 10 de mayo de 2004, que la declaró en disponibilidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 inciso e) y 50 de la Ley N° 20.957 (B.O. 16-6-75) y su Decreto Reglamentario N° 1973/86 (B.O. 22-1-87), por el término de dos (2) años, con efectividad al 16 de junio de 2003.

- I -

ANTECEDENTES

1. Por Resolución MRECIyC N° 90 del 10 de junio de 2003, se autorizó a la citada agente a desempeñar funciones como Jefe de Gabinete y Asesor especial del Fiscal de la Corte Penal Internacional en la ciudad de La Haya -Reino de los Países Bajos- a partir del 16 de junio de 2003, y por el término de cuatro (4) años.

2. Posteriormente, por Resolución MRECIyC N° 882 del 10 de mayo de 2004, se dispuso : ...Declarar en disponibili-

dad por el término de DOS (2) años, con efectividad al 16 de junio de 2003... a la citada funcionaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49, inciso e) y 50 de la Ley N° 20.957 y su Decreto Reglamentario (v. fs. 16).

3. Contra este último acto la interesada dedujo un recurso de reconsideración.

En lo sustancial manifestó que:

a) La Resolución MRECIyC N° 882/04 afectó sus derechos adquiridos y, además, lo hizo en forma retroactiva al modificar lo dispuesto por su similar N° 90/03, por la que se la autorizó a desempeñar aquellas funciones, sin declararla en disponibilidad.

b) Oportunamente puso en conocimiento de sus superiores que sólo aceptaría el ofrecimiento del referido cargo en tanto fuera de interés para el Ministerio y a condición de no ser declarada en disponibilidad.

c) La Resolución MRECIyC N° 882/04 viola sus expectativas y derechos adquiridos a ocupar el cargo en cuestión en las condiciones en que la autorizó la Resolución MRECIyC N° 90/03.

d) La retroactividad de la medida viola lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior de la Nación, aprobado por el Decreto N° 1973/86, que dispone que en todos los casos al declararse en disponibilidad a un funcionario se determinará su término, y que el plazo comenzará a computarse desde la fecha de notificación al funcionario o desde la que fije la resolución, si esta fuese posterior.

En consecuencia, solicitó reconsiderar la medida adoptada, dejándola sin efecto (v. fs. 3/5).



Procuración del Tesoro de la Nación

4. A fojas 15/17, en especial fojas 16, obra la notificación de la interesada del acto impugnado.

5. La Subdirección General de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio consideró, en el aspecto formal, que la presentación de la causante debía recibir el tratamiento de recurso de reconsideración.

En cuanto al fondo del tema, estimó que la Resolución MRECIyC N° 90/03 había sido dictada en los términos de la Ley de Servicio Exterior de la Nación y, en el ámbito de ese régimen, señaló que *...la única manera de autorizar a un funcionario para que se desempeñe en un organismo internacional del que la República sea miembro, sólo es posible declarando su disponibilidad (v. art. 49 de la Ley N° 20.957).*

Citó, en respaldo de su criterio, doctrina de este Organismo Asesor expuesta en Dictámenes 241:137.

Por todo ello, ese servicio jurídico entendió que debía desestimarse el recuso de reconsideración deducido (v. Dictamen DIC MRECC DIAJU N° 534 del 15-10-04, obrante a fs. 21/24).

6. Remitidas las actuaciones al entonces Jefe del Gabinete de Asesores del Canciller, a su requerimiento, dicho funcionario expresó, en síntesis, que:

a) Cuando se asignaron funciones a la presentante por Resolución MRECIyC N° 90/03, se lo hizo sin afectarla al régimen de disponibilidad potestativo previsto en el artículo 49 inciso e), de la Ley N° 20.957, atento la relevancia de

las funciones a desempeñar en la mentada Corte Penal Internacional.

b) Existen antecedentes de situaciones similares en las que funcionarios del Servicio Exterior de la Nación en organismos internacionales no fueron declarados en disponibilidad, citando como ejemplo de ello, las Resoluciones N° 586/96 y N° 2381/01, emanadas del Ministerio de origen, cuyos contenidos relató.

c) En el caso de la última de las resoluciones citadas, el servicio jurídico permanente de la Cancillería se pronunció en forma adversa.

d) A través de esa decisión, se habría reconocido el carácter facultativo de la disponibilidad en situaciones como la que se analiza, *...cuando razones de oportunidad y mérito evaluadas por el titular del Ministerio así lo aconsejan.*

En refuerzo de su argumentación, citó la doctrina de este Organismo Asesor recaída en Dictámenes 247:168, destacando que así como el Canciller, conforme al referido asesoramiento, tiene facultades en los casos de adscripciones para asignar funciones en áreas de otros Ministerios, las tiene, a su juicio, para acordarlas en organismos internacionales cuando lo considere trascendente para los intereses de política exterior de la Nación.

Expresó que al efecto de fijar un criterio a futuro que permita reconocer el carácter facultativo del Canciller en la materia bajo análisis, propuso recabar la opinión de este Organismo Asesor (v. fs. 26/30).

7. En este estado del trámite, esa Subsecretaría solicitó la opinión de esta Casa (v. fs. 33).



- II -

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

1. En el aspecto formal, debo señalar que resulta correcto imprimir al presente trámite el carácter de recurso de reconsideración.

Ello toda vez que, si bien la Consejero Fernández de Gurmendi fue notificada formalmente de la Resolución MRE-CIyC N° 882/04 el 18 de junio de 2004, ya había efectuado su presentación con fecha 28 de mayo del mismo año a raíz de haber tomado conocimiento del dictado de aquella medida por medio del CA DIPER 011093/2004 (v. fs. 3/5, en esp. fs. 5).

1.1. Debo advertir que conforme reiterada doctrina de esta Casa, no corresponde que emita su asesoramiento durante la instancia del recurso de reconsideración, pues, dictaminar en ese momento del procedimiento implicaría adelantar opinión sobre la cuestión de fondo, dado que, ante una eventual denegatoria del recurso de reconsideración, debe resolverse el recurso jerárquico en subsidio, siendo esta última la oportunidad en la que cabría la intervención asesora de esta Procuración del Tesoro, en los términos del artículo 92, del *Reglamento de Procedimientos Administrativos*. Decreto 1759/72 T.O. 1991 (B.O. 24-9-91; v. Dictámenes 203:054 y 233:105, entre muchos otros).

Sin perjuicio de lo expuesto, atendiendo a las particulares circunstancias que motivan la consulta, como excepción, y a título de colaboración, emitiré el asesoramiento requerido.

2. En lo que hace a la cuestión de fondo, cabe destacar que por la opinión que vertiré en el presente dictamen resulta insustancial analizar si la puesta en disponibilidad del personal diplomático que pasa a desempeñarse como funcionario de un organismo internacional (art. 49, inc. d, de la Ley N° 20.957) constituye una facultad discrecional del Canciller.

En efecto, por Resolución MRECIyC N° 90 del 10 de junio de 2003, se autorizó a la doctora Fernández de Gurmendi a desempeñar funciones como Jefe de Gabinete y Asesor especial del Fiscal de la Corte Penal Internacional en la ciudad de La Haya a partir del 16 de junio de 2003, sin declarársela en situación de disponibilidad. Ello, por constituir la asignación de gran utilidad para el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y de interés para el Gobierno Argentino (v. Considerando de la Resolución MRECIyC N° 90/03, fs. 7)

Por Resolución MRECIyC N° 882/04, dictada casi un año después, se la pasó a disponibilidad por el término de 2 (dos) años, con efectividad al 16 de junio de 2003.

En la medida en que la Resolución MRECIyC N° 882/04 supedita, ahora, el desempeño de la funcionaria en aquél organismo al cumplimiento de una condición no impuesta originariamente, puede afirmarse que suprime un derecho subjetivo adquirido por aquélla al amparo del acto de autorización. Esto es, el de ejercer la función para la que ha sido autorizada, sin que ello implique la suspensión de los efectos del estado diplomático que, necesariamente, trae aparejada la situación de disponibilidad.

Tal circunstancia, sumada al hecho de que la Resolución MRECIyC N° 90/03 se encuentra firme y consentida, per-

*Procuración del Tesoro de la Nación*

mite concluir que, aun en el supuesto en que dicho acto fuere nulo, la Administración no podría *per se* impedir la subsistencia de sus efectos (v. art. 17 de la Ley N° 19.549).

Tampoco resultaría posible, en cualquier caso, imputar a la beneficiaria del acto el conocimiento del eventual vicio que autorizaría su revocación, modificación o sustitución en sede administrativa (art. 18, segundo párrafo, Ley N° 19.549). Es que, tal como lo manifiesta la propia interesada y no ha merecido réplica por parte de las dependencias intervinientes, ésta habría solicitado la autorización bajo la condición de que no se la pusiera en disponibilidad (v. fs. 3/5, punto 3). Habiéndose aceptado su solicitud en esos términos, no puede descartarse su convicción en punto a la validez de aquél.

Finalmente cabe señalar que la Resolución MRECIyC N° 882/04 por la que se declaró en disponibilidad a la recurrente con efectividad al 16 de junio de 2003, es decir con una retroactividad de once meses, y que importó una modificación impropia del acto autorizante, violó el principio de irretroactividad del acto administrativo, puesto que no se encuentran presentes ninguna de las circunstancias que autorizan la excepción a la regla (v. art. 13 Ley cit.).

- III -
CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas y en función de las peculiaridades del caso, corresponde hacer lugar al recurso de reconsideración deducido por la Consejera de Embajada y Cónsul General, Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi contra

la Resolución MRECIyC N° 882/04, por la que se la declaró en disponibilidad.

Así opino.



DICTAMEN N° 042

A large, stylized signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above the name of the official.

OSVALDO CÉSAR GUGLIEMINO
PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACION