

FACULTAD DICIPLINARIA- ACTOS DISCRECIONALES- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

22/08/2017 - SENTENCIA

En la ciudad de General San Martín, a los días del mes de agosto de 2017, se reúnen en acuerdo ordinario los Sres. Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Hugo Jorge Echarri, Ana María Bezzi y Jorge Augusto Saulquin, para dictar sentencia en la causa N° 6128/2017, caratulada "Serrano Héctor Alejandro c/ Municipalidad de Morón s/ Proceso Sumario contra Sanción Empleo Público". Se deja constancia que la Sra. Jueza Ana María Bezzi no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

A N T E C E D E N T E S

I.- A fs. 776/794, la Señora Jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de Morón dictó sentencia en las presentes actuaciones resolviendo: "1. Hacer lugar parcialmente a la demanda recepiendo -conforme a los fundamentos de los considerandos- la pretensión anulatoria de la sanción por exceso de punición y declarar la nulidad del Decreto N° 2075/2013 que dispuso sancionar con cesantía al agente HECTOR ALEJANDRO SERRANO (Legajo N° 7568), y en consecuencia ordenando a la Municipalidad de Morón que proceda a la reincorporación del mismo en el cargo que ocupaba en el término de diez (10) días y que dicte nuevo acto administrativo de acuerdo a las consideraciones vertidas en este decisorio, en el plazo de treinta días (30) días de quedar firme la presente sentencia.- (Conf. art.61, 62 inc. I,76 y 84 de la ley 11757, art. 50, 73 inc. a de la ley 12008 art.arts. 14 bis, 28,33 y 75 inc. 22 de la Const. Nacional y 103y 108 dec 7647/69 arts. 15,39 y 171 de la Const. Pcial art. 163 del CPCC -aplicable por remisión del art. 77 del CCA). 2.- DECLARAR ABSTRACTA la cuestión respecto de la nulidad del decreto 1475/13 conforme a los argumentos que se esgrimen en este decisorio.- 3. Hacer lugar al RECLAMO INDEMNIZATORIO acumulado disponiendo que la Administración -y conforme a lo dispuesto en este decisorio- practique liquidación de los salarios caídos en concepto de haberes devengados desde el inicio de la suspensión preventiva: 28 de enero de 2013 hasta el 07/11/2013 (fecha de la cesantía) y, los salarios caídos resultantes desde la cesantía hasta la efectiva reincorporación, todo ello en el plazo perentorio de treinta días de quedar firme la liquidación que se practique. Dichas sumas generarán intereses desde la fecha en que cada una fue devengada y hasta la fecha del efectivo pago. Conf. art.61, 62 inc. I,76 y 84 de la ley 11757, art. 50,73 inc.c a de la ley 12008, arts. 14 bis, 33, 28 y 75 inc. 22 de la Const. Nacional y 15,39 y 171 de la Const. Pcial, art.33 ley 14656, art. 103 y 108 del dec ley 7647/69, art 163 del CPCC -aplicable por remisión del CCA). La tasa que se deberá tomar es la tasa pasiva digital determinada para el "plazo fijo digital a 30 días" del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que resulta aplicable a la especie en la medida

que en el caso a sub exámine no existe acuerdo entre las partes sobre el tema, ni ley especial (Conc. “B. 62.488, "Ubertalli Carbonino, Silvia contra Municipalidad de Esteban Echeverría. Demanda contencioso administrativa"). 4. Imponer las costas a la demandada vencida (cfr. Art. 51 inc.1 modificado por ley 14437). 5. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (cfr. art. 51 de la ley 8904). En cuanto a la regulación de honorarios de los letrados apoderados de la Comuna estése a los fundamentos expuestos en el Considerando XI del presente”.

Para así resolver la Magistrado a-quo tuvo en consideración –luego de reseñar las constancias de la causa- los principios que rigen el régimen disciplinario de la Administración.

Luego, transcribió lo prescripto por los arts. 60, 63 y 64 de la Ley N°11.757.

En este marco señaló –analizando la cuestión debatida- que en autos no se encontraba en discusión que el actor hubiere realizado detenciones con el camión municipal bajo su mando, en su domicilio y dentro del horario laboral. Ello, en tanto dicha circunstancia había sido reconocida tanto en sede administrativa como judicial por lo que la cuestión a dilucidar giraba en torno a la existencia o no de una autorización para efectuar dichas paradas.

Bajo tales parámetros, reseñando las constancias administrativas y el legajo personal del actor, determinó que el accionante había incurrido en una conducta –detenciones en su domicilio con el móvil municipal sin autorización escrita- que importaba una transgresión al ordenamiento jurídico constituyendo una falta disciplinaria.

Así, analizando la legitimidad y razonabilidad del acto, citó el Decreto N° 2075/2013 que dispuso el cese del actor y afirmó que la instrucción no había advertido que el actor no contaba con sanciones en los últimos dos años y si con agradecimientos cursados por los servicios prestados. Citando lo dispuesto por esta Alzada en la causa N° 762/06, art. 84 de la Ley N° 11.757 y doctrina, expuso que la demandada tampoco había ponderado la duración de las paradas efectuadas y el eventual perjuicio para la Administración y que solo se había centrado en la cantidad de veces en que había incurrido en dicha inconducta y los posibles panoramas que podrían devenir de las mismas. Resaltó –por un lado- la orfandad probatoria de la demandada en cuanto a la alegada pérdida de confianza imputada al actor y –por otro- la omisión de los funcionarios a cargo de reportar oportunamente la inconducta señalada y así evitar las hipotéticas situaciones denunciadas. Advirtió que –conforme declaraciones testimoniales y confesional- resultaba una práctica habitual obtener autorización de modo

verbal del superior jerárquico para detenerse en el domicilio particular dentro del horario laboral.

Resaltó –asimismo- que no surgía evidencia alguna que permitiera concluir que el obrar de Serrano hubiera comprometido gravemente a la Administración Municipal, máxime teniendo en cuenta que el tiempo de detención del actor en su residencia resultaba acorde al que una persona emplearía para realizar los menesteres reconocidos por Serrano en sede administrativa o judicial.

En este marco, afirmó en que la conducta imputada carecía de elementos de entidad suficiente como para sostener que se produjo un daño material o afrenta a la Comuna y señaló que de la foja de servicios del actor surgía únicamente un reproche que databa de 2005 y varias gratificaciones por servicios prestados.

Así, concluyó que la conducta probada y reconocida no resultaba susceptible de ser enmarcada en los tipos de sanciones previstas por el art. 62 inc. II de la Ley N° 11.757 sino que debía delimitarse bajo los parámetros previstos por el inc. I del mismo artículo y afirmó que el Decreto N° 2075/2013 se encontraba viciado en la causa. Citó doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura. Ordenó que la Municipalidad de Morón proceda a la reincorporación del actor en el plazo de 10 días y dicte un nuevo acto dentro de los 30 días de acuerdo a las consideraciones efectuadas.

En cuanto a los salarios caídos expuso que debía apartarse de los anteriores antecedentes y seguir el esquema del caso “Mena” ya que si bien se encontraba pendiente el dictado del acto definitivo debía mensurar que desde el inicio de las actuaciones sumariales a la fecha el actor fue objeto de suspensión preventiva prorrogada y luego de una cesantía que excedían el marco de cualquier pena correctiva. Señaló que, sin perjuicio de no hallarse vigente al momento de los hechos, debía ponderarse lo dispuesto por el art. 33 de la Ley N° 14.656. Asimismo, citó lo dispuesto por el art. 73 de la Ley N° 12.008 y resolvió hacer lugar al reclamo indemnizatorio. Así ordenó a la Administración que –en el plazo de 30 días- practique liquidación de los salarios caídos en concepto de haberes devengados desde el 28 de enero de 2013 –inicio de la suspensión preventiva- hasta el 07 de noviembre de 2013 (fecha de la cesantía) y de los salarios caídos resultantes de la cesantía hasta la reincorporación. Dispuso que sobre esas sumas se aplique la tasa pasiva digital y le impuso las costas a la demandada vencida, conforme el art. 51 inc. 1 Ley N° 12.008.

II.- A fs. 807/814 vta., contra tal pronunciamiento, la parte demandada interpuso recurso de apelación, agraviándose de la sentencia en tanto hizo lugar a la demanda.

En primer lugar, cuestionó el análisis realizado por la Magistrada respecto de los hechos de autos alegando que había sido efectuado con liviandad y sin interpretar la gravedad ínsita de la conducta cuestionada. Afirmó que aquella resultaba hartamente reprochable teniendo en cuenta que no se trataba de un hecho aislado sino de un comportamiento reiterado.

Se agravió en tanto la Jueza a quo entendió que en el caso existió exceso de punición. Al respeto, insistió en que la falta imputada al actor resultaba gravosa, aún más por su reiteración.

Consideró que la sentencia de grado, en tanto calificaba el actuar municipal como infundado y declaraba nulo el decreto cuestionado, lesionaba la potestad disciplinaria que tiene la administración sobre sus agentes. Agregó que decreto aludido se abastecía de razonabilidad citando foja por foja las diligencias y dictámenes llevados a cabo para llegar a su dictado.

En segundo lugar, se agravió de la orden judicial de abonar los salarios caídos y de la aplicación de la tasa pasiva “digital”. En este punto, expuso que su otorgamiento resultaba un enriquecimiento sin causa para el actor quien –sin haberlo requerido en el libelo inicial– percibiría salarios sin haber trabajado y con una tasa confiscatoria para el Municipio demandado. Citó la causa “Pellaza” (CCASM N° MO-4500/2014).

III.- A fs. 815, la Jueza a quo ordenó correr traslado del recurso a la contraria, quien lo contestó a fs. 816/817, solicitando su rechazo.

IV.- A fs. 818, la Magistrado de grado dispuso la elevación de las actuaciones a esta Cámara para el tratamiento del recurso de apelación deducido, siendo recibidas a fs. 819 vta.

V.- A fs. 824, se pasaron los autos para resolver. A fs. 825/826 se efectuó el pertinente examen de admisibilidad y se llamaron los autos para sentencia, estableciendo el Tribunal la siguiente cuestión:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A la cuestión planteada, el Señor Juez Hugo Jorge Echarri dijo:

1°) Relatados los antecedentes del presente caso, expuestos los fundamentos y la parte resolutive de la sentencia hoy recurrida, mencionados los agravios y efectuado el examen de admisibilidad, procedo a examinar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

A tal efecto, recuerdo que la parte demandada se agravió de la sentencia de grado en tanto declaró la nulidad del decreto municipal que dispuso la sanción expulsiva de cesantía al actor, dispuso la procedencia de la indemnización por los salarios dejados de percibir, fijó como tasa de interés la pasiva “digital” y le impuso las costas a la demandada.

2°) Previo a ingresar en el análisis de los agravios formulados, encuentro oportuno hacer una referencia a la naturaleza de la responsabilidad administrativa o disciplinaria que trasunta la cuestión objeto de litis.

No se encuentra en discusión por parte de la doctrina mayoritaria –cfr. Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración”, T II, pág. 143 y SS.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, T III, pág. 528 y ss.; Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T I, pág. 165 y ss., y T III-B, pág. 424 y SS.; Diez, Manuel María, “Manual de Derecho Administrativo”, T1, pág. 86 y ss.; Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, T I, pág. 4 y ss.– que la potestad disciplinaria, propia e inherente de todo órgano estatal que actúa como empleador en el campo de la función y empleo público, tiene una

naturaleza correctiva y represiva que lo emparenta con los principios del derecho penal, en general, y con el proceso penal en especial.

La estructura del procedimiento administrativo disciplinario tiene un claro correlato con la estructura del procedimiento penal donde hay primero un procedimiento de investigación – información sumarial en el procedimiento administrativo, sumario de conocimiento en el proceso penal–; auto de imputación de la falta disciplinaria símil al auto de imputación criminal en materia de delitos penales, y finalmente una resolución de condena que impone una sanción (correctiva o expulsiva) disciplinaria o absuelve, símil, a su vez de la sentencia en materia penal que condena o absuelve.

Tiene pues esta materia, propia del derecho administrativo, una naturaleza o conformación que la asimila, en muchos aspectos, al derecho penal tanto sustantivo como adjetivo. Y es en este marco en que creo que debe resolverse en justicia la cuestión controvertida en el sub lite.

En segundo lugar, con relación al alcance de la revisión judicial de los actos administrativos dictados en el ejercicio de las facultades disciplinarias, en el marco de una relación de empleo público, debo destacar que es doctrina de nuestro Máximo Tribunal de Justicia provincial que el órgano jurisdiccional se encuentra investido de la potestad de revisar los actos disciplinarios emanados de la Administración, no sólo en lo que hace a su regularidad –en especial, los elementos que conforman el acto administrativo– y la constatación de los vicios que pudieren justificar su anulación, sino también en cuanto a la razonabilidad de las medidas que los funcionarios hayan adoptado en el ejercicio de sus facultades, pudiendo los jueces anularlas cuando aquéllos incurran en arbitrariedad manifiesta (conf. SCBA, causas B 57575, "Gayarre", sent. del 08/03/2000; B 63780, "Bragagnolo", sent. del 22/10/2014; B 63286 "Perez Marta", sent. del 04/05/2016; y esta Alzada en causa N° 5328, "Chiminelli Horacio Alejo Jesús c/ Procuración General de la Suprema Corte de Justicia s/ Proceso sumario contra sanc. en materia de empleo público", sent. del 26/09/2016).

Por último, recuerdo que no resulta obligatorio para esta Alzada considerar todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden que los proponen, bastando que lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más Alto Tribunal Federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros y este tribunal en causas

Nº 3701, “Cañete Atilio Dario y otros c/ Caja de Retiros Jubilaciones y Pensiones de la Pcia. de Bs. As. s/ Pretensión Indemnizatoria”, sent. del 03/09/2013; Nº 2271, “AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Matanza s/ Pretensión Anulatoria”, sent. del 09/02/2015; Nº 5447, “Gianfelice Jorge Mario c/ Dirección General de Cultura y Educación y otros s/ Pretensión Anulatoria”, sent. del 07/12/2016, entre muchas otras).

3º) Sentado ello, cabe puntualizar que la cuestión a dilucidar se encuentra circunscripta a un hecho puntual, esto es, las reiteradas detenciones efectuadas por el actor en su domicilio, con el camión municipal que tenía a su cargo y dentro del horario laboral. En particular, corresponde determinar si dicha conducta tiene una entidad gravosa tal que encuadre en el marco normativo dispuesto por la Administración municipal y que justifique la cesantía dispuesta (art. 64 Ley 11.757).

A tal fin, recuerdo que los otros dos hechos inicialmente imputados –faltante de una batería correspondiente al móvil 252 y averiguación de denuncia anónima por descarga con el móvil municipal de plantas y combustible en el domicilio del actor- fueron desestimados en sede administrativa (cfr. Acta de la Junta de Disciplina obrante a fs. 43/44), quedando el thema decidendum centrado en la conducta antes reseñada.

Dicho esto, encuentro pertinente señalar lo que surge –en lo que a la conducta señalada refiere- de las constancias relevantes del sumario llevado a cabo en sede administrativa contra el actor (Expte. Nº 4079-19830/2012):

* A fs. 78 obra detalle de seguimiento por monitoreo satelital por parte de Stopcar Group de la unidad DSJ 182, correspondiente al día 22/12/2012.

* A fs. 86 obra detalle de la situación de revista del agente Serrano que da cuenta que ingresó a laborar para la Comuna en 1 de octubre de 1998, desempeñándose a la fecha -04 de enero de 2013- dentro de la Planta de Personal Permanente en la categoría Servicio senior con 48 hs. semanales de labor.

* A fs. 87 a 185 obra informe de monitoreo del móvil DSJ 182 desde el 12/09/2012 al 23/12/2012.

* De fs. 187/206 se adjunta parte de tareas encomendadas al agente en cada uno de los días en que se registraron detenciones en su inmueble.

* A fs. 221/224 obra decreto N° 131/2013 mediante el cual se dispone la instrucción del sumario administrativo correspondiente a fin de investigar los hechos en los que se encontraba involucrado el agente Serrano, disponiéndose su suspensión preventiva sin goce haberes por 30 días, prorrogándose sucesivamente conforme surge de los Decretos N°253/2013 (fs. 242/243), N° 389/2013 (fs. 259/260), N° 584/2013 (fs.288/289), N° 809/2013 (fs.311), N° 1061/2013 (fs. 322/323), N° 1340/2013 (fs. 336/337), N° 1475/2013 (fs. 350/351), N° 1874/2013 (fs. 373/374).

* A fs. 248 obra declaración testimonial de fecha 13/03/2013 prestada por Orlando Raúl Farías, Director de Higiene Urbana y Descentralización, quien refiere que se enteró que surgían irregularidades por el Stopcar en cuanto a que el agente Serrano se iba a su domicilio casi todos los días y que los agentes no tenían permitido para utilizar el móvil con motivos personales.

* Que a fs. 326/329 obra descargo del actor manifestando, en lo que a la conducta cuestionada se refiere, que impugnaba el informe de Stop Car por falso y por desnaturalizar su utilización, ya no como seguridad sino como control del empleado. Agregó que en ningún caso había desviado su trayectoria para pasar por su casa describiendo la imputación efectuada de una liviandad que no ameritaba la sanción impuesta preventivamente.

* A fs. 342/343 obra declaración indagatoria de Héctor Alejandro Serrano que en lo sustancial refirió que terminaban de hacer la carga del camión y cuando se dirigían al CEAMSE pasaba cerca de su casa y se detenía a buscar un jugo o una gaseosa o la comida ya que no tenía plata para gastar en comida. Manifestó que una vez le dijo a Farías que iba a pasar por su casa a buscar los alimentos y Farías lo autorizó y que nunca había tenido problemas en este punto sino hasta el momento del sumario.

* A fs. 366/367 la Dirección de Sumarios efectúa sus conclusiones entendiendo que sólo se pudo comprobar el hecho de las reiteradas detenciones, encuadrando la conducta en las

disposiciones de los arts. 60 inc. c), 63 inc. 3 y 64 inc. 6 y 10 entendiendo procedente sancionar a Serrano con cesantía.

* A fs. 368/369 la Dirección de asuntos legales en su dictamen arriba a igual conclusión en cuanto a la conducta reprochable entendiendo encuadrar la misma en las previsiones de los arts. 60 inc. e y 64 inc. 3 de la Ley 11.757.

* A fs. 381/382 la Junta de Disciplina entiende probado el hecho de las paradas reiteradas en su domicilio en horario laboral, recomendando por mayoría imponer sanción de cesantía, siendo el voto minoritario de imponer sanción de suspensión de hasta treinta días.

* A fs. 385/389 luce el Decreto N° 2075/2013 que recepcionando el dictamen de legales y lo expuesto por la Junta de Disciplina entiende probado el hecho de las detenciones sin permiso, encuadrando la conducta en las disposiciones de los arts. 60 inc. e) y 64 inc. 3 de la Ley 11.757 y disponiendo la cesantía del accionante, conforme art. 62 apartado II, inc. d) del plexo normativo citado.

4°) En ese marco, resulta conducente transcribir –en lo que interesa– la normativa atinente al caso, a saber:

El art. 59 dispone “Sin perjuicio de lo que particularmente impongan las leyes, ordenanzas, decretos, resoluciones y disposiciones, los agentes deben cumplir estricta e ineludiblemente las siguientes obligaciones: a) Prestar los servicios en forma regular y continua, dentro del horario general, especial o extraordinario que, de acuerdo con la naturaleza y necesidades de ellos se determine, con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducentes a su mejor desempeño y a la eficiencia de la Administración Municipal...c) Cuidar los bienes municipales, velando por la economía del material y la conservación de los elementos que fueran confiados a su custodia, utilización y examen...”

El art. 60 reza: “Está prohibido a los agentes: ...e) Retirar o utilizar, con fines particulares los bienes municipales y los documentos de las reparticiones públicas, así como también, los servicios de personal a su orden, dentro del horario de trabajo que el mismo tenga fijado...”

A su vez, el art. 62 prevé que “Las sanciones disciplinarias, por las transgresiones en que incurrieren los agentes municipales, son las siguientes: I. Correctivas: a) Llamado de atención; b) Apercibimiento; c) Suspensión de hasta TREINTA (30) DIAS corridos. II. Expulsivas: d) Cesantía y exoneración.”

Por su parte, el art. 63 establece: “Son causas para aplicar las sanciones disciplinarias enunciadas en los incisos a), b) y c) del artículo anterior, las siguientes: 1. Incumplimiento reiterado del horario fijado. 2. Falta de respeto a los superiores, iguales o al público. 3. Negligencia en el cumplimiento de sus tareas o funciones.”

A su turno, el art. 64 reza: “Podrán sancionarse hasta con cesantía: ... 3. Inconducta notoria...5. Quebrantamiento de las prohibiciones dispuestas en artículo 59°...10. Falta grave que perjudique materialmente a la Administración Municipal o que afecte el prestigio de la misma.”

Por su parte, el art. 67 prescribe que “...Toda sanción deberá aplicarse por resolución fundada de la autoridad de aplicación, que contenga la clara exposición de los hechos y la indicación de las causas determinantes de la medida...”

Finalmente, el art. 84 establece: “A los efectos de la graduación de las medidas disciplinarias que deban aplicarse a los agentes de la Administración Municipal, se considerarán reincidentes los que durante el término de dos (2) años a la fecha de comisión de la nueva falta, hayan sido sancionados con las penas previstas en los incisos a), b) y c) del artículo 61°.”

5°) Bajo tales parámetros, adelanto mi opinión concordante con la Magistrado de grado en torno a la configuración de un supuesto de exceso de punición, no resultando suficientes los argumentos brindados por la comuna accionada para conmover la solución adoptada en tal sentido.

Así, de una atenta lectura del resolutorio de grado, surge que, en lo sustancial, la jueza entendió que en el caso se configuró un supuesto de exceso de punición, en tanto la irregularidad imputada, de acuerdo a la prueba producida, no resultaba de entidad suficiente como para imponer la sanción de cesantía. En este sentido, la magistrado a-quo, sostuvo que el acto se encontraba viciado en su causa en atención a que la Administración había omitido

meritar las circunstancias fácticas de modo integral y endilgó sin la debida ponderación la comisión de faltas al encartado afectando elementales derechos y garantías reconocidos constitucionalmente.

Por su parte, la comuna demandada desarrolló una serie de agravios apuntando -en primer término- al análisis de los hechos efectuado por la Jueza a-quo. Al respecto, sostuvo que no se interpretó debidamente la gravedad de la conducta cuestionada resultando procedente el cese dispuesto. En segundo lugar -respecto del vicio en la causa que terminara en la nulidad del decreto- afirmó que el acto cuestionado se abastecía de absoluta razonabilidad y que con tal declaración de nulidad se lesionaba la potestad disciplinaria de la administración.

En este marco, para comenzar a analizar los agravios expuestos, cabe señalar que surge acreditado en autos y en concordancia con dichos de las partes, que el Sr. Serrano efectuó varias paradas -con el vehículo municipal a su cargo- en su domicilio durante el periodo comprendido entre los días 12/09/2012 y 22/12/2012 (Cfr. Fs. declaración de fs. 342/343 e informe de fs. 78, 87/185 de las actuaciones administrativas).

Dicho esto, entiendo que -sin perjuicio de que la conducta descrita resulta pasible de reproche de acuerdo a lo dispuesto por el art. 60 de la normativa aplicable- no reviste un cuadro de gravedad tal que amerite la sanción de cesantía dispuesta en el marco de lo prescripto por el art. 64. Es que, conforme las declaraciones testimoniales prestadas tanto en sede administrativa como judicial, entiendo que las paradas efectuadas resultaban una práctica usual que contaba con permiso oral de los superiores a cargo.

Así, el testigo Ariel Fernando Sanabria, dependiente a la Municipalidad de Morón, declaró: "...que estaban autorizadas las paradas porque todos los compañeros podían pasar por su casas, reitera que ante alguna descompostura pasaban por sus hogares era habitual y lo hacían todos....que pasaron muchos jefes en aquel momento cuando trabajaba con Serrano estaba como jefe Julio Martínez, afirma que él les brindó esa autorización se las brindó de palabra. Aclara que todos los compañeros pedían permiso. Agrega que en ese tiempo cuando estaba Serrano había otro jefe, llamado Lucas (no recuerda el apellido) también estaba Farías todos ellos con el cargo de jefes quienes brindaban autorizaciones para realizar paradas en sus hogares...contestó que como todos casi siempre en el horario de comida iban a sus casas a buscar el almuerzo. Eso lo hacía casi todos los días...no llegó a verlo todos los días pero si vio que en ocasiones Serrano le pedía autorización verbalmente al jefe de turno y éste le contestaba que si..." (Cfr. fs. 640/641, el resaltado es propio).

En este punto, concuerdo con la Sentenciante de grado, en cuanto no surge de autos que estas conductas de práctica usual hayan sido reprendidas por los superiores con anterioridad al caso de autos, cuya imputación surge como consecuencia de la averiguación de otro hecho consistente en la falta de una batería de uno de los móviles municipales.

En lo que respecta puntualmente a los antecedentes del Sr. Serrano,—siguiendo la misma línea de la jueza de grado- tampoco encuentro en autos constancias que acrediten la existencia de anteriores llamados de atención por esta conducta que ahora resulta cuestionada. De la lectura de su legajo personal surge un apercibimiento por inasistencia del año 2005 (cfr. fs. 467). Esta circunstancia debió ser debidamente evaluada y merituada por la demanda a los fines de definir la pena aplicada (cfr. art. 84 de la Ley 11.757).

Bajo tales parámetros, entiendo que la sanción de cesantía impuesta luce desproporcionada. Así, la ausencia de proporcionalidad es causal de invalidez cuando existe un exceso entre lo que el acto decide y los hechos que lo motivaron. A su vez, el vicio de un acto afectado por exceso de punición, determina la irrazonabilidad del respectivo acto, que se concreta en la falta de concordancia o proporción entre la pena aplicada y el comportamiento que motivó su aplicación (cfr. SCBA LP B 63286 RSD7716 S 04/05/2016).

6°) En este punto, resulta oportuno recordar que señalaba ya con acierto - y con gran sabiduría de vida - aquel gran maestro del Derecho Administrativo que fue el Dr. Rafael Bielsa, que las penas disciplinarias deben empezar por las correctivas - “corrección pedagógica” o “poenae medicinales” como mencionaba Mayer -, ya que la primera finalidad de la sanción debe ser “la de mejorar el órgano o agente que ejecuta el servicio y solo separar al agente cuando la mejora no es posible” (cfr. Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración”, pág. 147, Lajuane Editores, 1.929 y esta Cámara in re: causas N° 762/06, caratulada “De Vedia, Julia Elena c/ Estado Provincial s/ Pretensión indemnizatoria”, sentencia del 28 de octubre de 2.010 y N° 3.858/13, caratulada “Caldas, Jorge Alberto c/ Municipalidad de Merlo s/ Materia a Categorizar”, sentencia del 10 de diciembre de 2.013, N° 5319 “Viñales Juan Carlos c/ Municipalidad de Rivadavia s/ Pretensión Anulatoria”, sentencia del 28 de marzo de 2017, entre otros).

Este principio o directiva que enunciaba el maestro Bielsa allá por el año 1.929, tiene hoy en día un marco de actuación mucho mayor que en aquel tiempo, a poco que se repare que el

mismo se emparenta con otros derechos y principios que reconoce el ordenamiento jurídico vigente, como lo son el derecho a la estabilidad en el empleo público (art. 14 bis C.N.; art. 103 inc. 12 CPBA), el derecho a la dignidad de la persona (art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y, en lo concreto a la materia disciplinaria, el derecho a una sanción que respete los principios de razonabilidad (cfr. art. 28 CN) y de proporcionalidad (cfr. art. 7 inc. f Ley N° 19.549; y art. 103 in fine Ley N° 7.647/70). Principios estos últimos íntimamente ligados o relacionados, ligazón ya reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la década del cuarenta del siglo anterior a partir del caso “Pedro Inschauspe Hermanos” (CS, Fallos 189:483) y reiterado, más recientemente, en el caso “Spinoza Melo”.

En ese marco, la sanción impuesta aparece como desproporcionada en atención a la falta imputada consistente en detenciones momentáneas con el vehículo municipal en el domicilio del actor para efectuar menesteres personales dentro del horario laboral.

El principio de proporcionalidad de la sanción resulta liminar al momento de definir con justicia el monto o tipo de pena y su correlación no solo con los hechos imputados y probados, sino con los hechos agravantes y atenuantes inherentes al caso (cfr. Fiorini, Bartolomé A., “Manual de Derecho Administrativo”, pág. 611; García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández, Tomás, “Curso de Derecho Administrativo”, T II, pág. 179; y esta Cámara in re: causas N° 762/06, caratulada “De Vedia, Julia Elena c/ Estado Provincial s/ Pretensión indemnizatoria”, sentencia del 28 de octubre de 2.010 y N° 3.858/13, caratulada “Caldas, Jorge Alberto c/ Municipalidad de Merlo s/ Materia a Categorizar”, sentencia del 10 de diciembre de 2.013, N° 5319 “Viñales Juan Carlos c/ Municipalidad de Rivadavia s/ Pretensión Anulatoria”, sentencia del 28 de marzo de 2017, entre otros).

7°) Asimismo, a mi juicio tampoco encuentra asidero el agravio de la demandada que plantea la afectación de su potestad disciplinaria. Es que –más allá de lo expuesto en el Considerando 2° al que me remito- dentro del régimen disciplinario aplicado al caso, la infracción cometida podía dar lugar a la aplicación de un abanico de sanciones correctivas y expulsivas, según su gravedad. Es decir, el órgano decisor no se encontraba compelido a decretar sin más la cesantía del actor. Y por ello, debió extremar los recaudos de fundamentación al relegar las sanciones menos gravosas previstas para idéntica falta. El proceso lógico llevado a cabo en la instancia administrativa peca por defecto y queda fuera de sustento frente al agravio de exceso de punición que articula quien ha incoado este proceso (cfr. SCBA LP B 62897 S 09/09/2009).

Así que de la atenta lectura del Decreto N°2075/2013 surge un minucioso detalle de las constancias de las actuaciones administrativas sin una fundamentación consolidada que acredite la gravedad de la conducta cuestionada de modo que resulte factible la sanción expulsiva de cesantía por sobre una correctiva (cfr. fs. 46/50 y arts. 62, 63 y 64 Ley 11.757).

Es que tal como lo ha señalado nuestro Máximo Tribunal Provincial, en línea con la doctrina de la CSJN, la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades 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 Fallos: 298:223; SCBA, B 56.758, "Neustadt", sent. del 05/04/2000. Ver también esta Alzada, causa N° 5520, "Godoy Hugo Ariel c/ Provincia de Buenos Aires s/ Proceso sumario de ilegitimidad", sent. del 07/12/16).

En tales condiciones, encuentro necesario recordar que la motivación de la decisión administrativa, en especial en materia de potestades discrecionales, es un recaudo que tiende a consolidar la vigencia del principio republicano de gobierno (arts. 1º, Constitución de la Nación y 1º, Constitución provincial) que impone a los órganos administrativos dar cuenta de sus actos, al tiempo que evita que se afecten los derechos de impugnación de los particulares alcanzados por la resolución y se impida la revisión judicial de la legitimidad y razonabilidad de tales actos (doctr. causas B. 49.238, "Salanueva", sent. de 13/11/1984; B. 48.482, "Salinas", sent. de 30/06/1987; B. 50.192, "D'Gregorio Hnos.", sent. del 07/06/1988; B. 50.664, "González Menéndez", sent. del 27/09/1988; B. 48.689, "Mendoza", sent. del 31/07/1990; B. 50.218, "Pereyra", sent. del 28/02/1995; B. 53.483, "Gómez", sent. del 06/08/1996; B. 54.506, "Romero", sent. del 13/05/1997; B. 51.646, "Viera", sent. del 02/12/1997; B. 56.727, "Blasetti", sent. del 03/11/1998). La consecuencia jurídica de esa infracción, al igual que la aparejada por la distorsión o inexistencia del motivo determinante aducido en el acto resolutorio, es su nulidad (arts. 103, 108 y conchs. del Decreto-Ley N° 7647/1970). Cuando el acto es infundado, malinterpreta, desvirtúa u omite los motivos determinantes comprobados o aducidos, procede, entonces, el control anulatorio de la actuación administrativa enjuiciada (doctr. causas B. 49.271, "Fernández", sent. del 29/09/1987; B. 50.218, "Pereyra" sent. del 28/02/1995; B. 53.483, "Gómez", sent. del 06/08/1996; B. 55.191, "Espilman", sent. del 16/12/1997, entre otras) (cfr. SCBA, B 55.497, "M., E. M. c/ Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ Demanda Contencioso Administrativa", sent. del 04/10/2006). Ver CCASM causas N° 2006, "Iacovone, Hernán Mariano c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad) s/ Pretensión Anulatoria", sent. del 12/08/2010 y N° 5520, "Godoy Hugo Ariel c/ Provincia de Buenos Aires s/ Proceso sumario de ilegitimidad", sent. del 07/12/16).

Así, el Máximo Tribunal Provincial ha dicho que “Como recaudo de validez del acto administrativo, la motivación cumple la finalidad de permitir que la Administración sometida a derecho dé cuenta de sus decisiones y que éstas puedan ser examinadas en su juridicidad por la justicia en caso de ser impugnadas, posibilitando el ejercicio del derecho de defensa de los afectados, el que comprende el derecho a una decisión fundada, es decir, que sea el resultado de la ponderación de todos los antecedentes. La deficiencia de este elemento torna irrazonable el acto administrativo e invalida la sanción aplicada por esa vía al agente” (SCBA, B 60991, “Arias, Juan Carlos c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa”, sent. del 28/09/2016; SCBA B 63286, “Pérez, Marta Susana c/ Municipalidad de Olavarría s/ Demanda”, sent. del 04/05/2016).

Por lo tanto, para que el acto que impone una sanción disciplinaria resulte legítimo, debe estar fehacientemente fundado y su motivación ajustarse a los antecedentes documentados en las actuaciones administrativas (SCBA, B 65524, “Luna, Irma Ramona c/ Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación) s/ Demanda contencioso administrativa”, sent. del 21/09/2016; B 59957, Morente, Miguel Angel c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Demanda contencioso administrativa, sent. del 18/04/2012)

8°) En esas condiciones, los elementos de prueba acompañados e individualizados en las consideraciones precedentes llevan a la firme convicción de que la sanción impuesta al actor excede ampliamente la entidad de la falta cometida.

El más alto Tribunal Provincial ha expuesto que “La exigencia de proporcionalidad entre las medidas que el acto involucre y los hechos acreditados, trasunta la aplicación del principio de razonabilidad que es una garantía constitucional "innominada", cuyo fundamento se encuentra en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional” (SCBA, B 58590 S 9-5-2001, “Lommo, Gabriel c/ Municipalidad de Patagones s/ Demanda contencioso administrativa”). Ver también este Tribunal in re: causa Nº 883/07, caratulada “Bava, Adriana Noemí y Butti, Mónica Patricia c/ Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires s/ Recurso Directo art. 74 Ley 12.008 – Texto según Ley 13.325”, sentencia del 30 de marzo de 2.010.

Desde ese punto de vista, sin duda el acto administrativo aparece viciado en su elemento causa, es decir, en las circunstancias de hecho y de derecho que dan fundamento a la decisión administrativa – cfr. art. 108 Ley Nº 7.647/70; cfr. Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho

Administrativo”, T II, pág. 298; -, por cuanto en lo concreto el hecho que constituye la falta no resulta de la gravedad señalada en los antecedentes ni de los considerandos del mismo acto.

En definitiva, se trata de un acto viciado por un exceso de punición en el marco de las facultades disciplinarias –*summum jus, suma injuria*–, por lo que en atención a todo lo expuesto corresponde rechazar el recurso de apelación presentado por la parte demandada y confirmar la sentencia apelada.

9º) Resuelta la cuestión atinente a la nulidad del acto administrativo, corresponde ahora ingresar en el tratamiento del agravio relativo a la indemnización acordada por la Jueza de grado.

En tal sentido, la parte demandada se agravió al respecto con fundamento en que el actor percibiría salarios sin haber trabajado, lo que constituiría –a su entender- un enriquecimiento sin causa.

En el caso el agravio debe rechazarse. Es que se ha confirmado la declaración de nulidad del acto administrativo mediante el cual la comuna demandada impuso la cesantía del actor, por lo que no caben dudas acerca de la procedencia de la pretensión indemnizatoria deducida.

En efecto, nuestro más Alto Tribunal provincial ha expresado que en esta materia la ilegitimidad del acto administrativo hace presumir la existencia del daño, implícito por la falta de percepción de los salarios no percibidos (cfr. arg. SCJBA causa B.49.176 “Sarzi”; causa B.51.616 “Pippo”; causa B.54852 “Pérez”, causa B.55077 “Montes de Oca” del 03/04/2008, entre otras y arg. cfr. esta Cámara en la causa Nº 1198, “Escalada, Érica Inés c/ Fiscalía de Estado – Ministerio de Seguridad de la Pcia. de Buenos Aires s/ Nulidad de Sanción Disciplinaria”, sent. del 10/07/2008, Nº 2572, “Coronel, Teodocia del Valle c/ Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires) s/ Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos y resarcitoria de daños y perjuicios”, sent. del 02/08/2011; Nº 2151, “Márquez”, sent. del 27/03/2012; entre otras).

Sin embargo, lo que no puede hacerse en esta etapa del proceso es dar tratamiento a los rubros peticionados y, en definitiva, determinar el quantum de la indemnización; cuestión que, necesariamente, debe diferirse para la etapa de ejecución de sentencia, una vez que quede

firmar el nuevo acto administrativo municipal que concluya el sumario administrativo seguido contra el actor (cfr. art. 64 del CPCA).

En este sentido, debo recordar que esta Alzada –siguiendo el temperamento de la SCBA al respecto– tiene resuelto que en los casos en los que se declara la nulidad de un acto administrativo que dispuso en forma ilegítima el cese de un empleado público y se ordena el dictado de un nuevo acto por parte de la autoridad administrativa, corresponde diferir la cuestión atinente a la pretensión indemnizatoria hasta tanto recaiga resolución en el sumario respectivo (SCBA causas B. 53.793, “Mingari, Hugo Roberto contra Municipalidad del Partido de Coronel de Marina Leonardo Rosales. Demanda contencioso administrativa”, sent. del 14/05/03; B. 56.928, “Faragó, Jorge Eduardo contra Municipalidad de Adolfo González Chávez s. demanda contencioso administrativa”, sent. del 22/10/03; B. 60.871, “Muguerza, Carlos Lorenzo contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa”, sent. del 13/05/09; entre otras; CCASM, causas N° 1837, “Panizo Sergio Angel c/ Municipalidad de General San Martín s/ Pretensión Anulatoria”, sent. del 06/04/2010; N° 762, “De Vedia, Julia Elena c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria”, sent. del 28/10/2010, “Viñales Juan Carlos c/ Municipalidad de Rivadavia s/ Pretensión Anulatoria”, sentencia del 28 de marzo de 2017, entre otras).

En definitiva, considero que en tanto y en cuanto mediante la sentencia de grado se ha dispuesto la remisión de las actuaciones a la Administración a fin de que dicte un nuevo acto, la cuestión atinente a la pretensión indemnizatoria debe posponerse hasta la sanción del acto administrativo ordenado, resultando prematuro su tratamiento (arg. esta Alzada in re causa N° 762, “De Vedia, Julia Elena c/ Estado Provincial s/ Pretensión indemnizatoria”, sent. del 28/10/2010, causa N° 5319/2017, “Viñales Juan Carlos c/ Municipalidad de Rivadavia s/ Pretensión Anulatoria”, sentencia del 28 de marzo de 2017, entre otros).

En esta línea, considero que corresponde revocar de oficio la sentencia de grado en este punto por cuanto resulta prematuro el tratamiento de la pretensión indemnizatoria esgrimida.

Consecuentemente, el análisis del agravio en torno a la tasa de interés aplicable, deviene abstracto.

Por todo lo expuesto, a mis distinguidos colegas propongo: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia

en cuanto declaró la nulidad del Decreto N° 2075/2013, ordenó a la Municipalidad para que - en el término de 10 días- proceda a la reincorporación del actor en el mismo cargo que ocupaba y para que dicte -en el plazo de 30 días de quedar firme la sentencia- un nuevo acto administrativo de acuerdo a las consideraciones vertidas en el decisorio. 2) Diferir el tratamiento de la cuestión atinente a los salarios caídos y a la tasa de interés aplicable para una vez dictado el acto administrativo ordenado (cfr. Considerando 9°); 3) Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 51 C.P.C.A); 4) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 del Decreto Ley N° 8904/77). ASÍ LO VOTO.

El Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin votó a la cuestión planteada en igual sentido y por los mismos fundamentos, con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en virtud del resultado del Acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del Decreto N° 2075/2013, ordenó a la Municipalidad para que -en el término de 10 días- proceda a la reincorporación del actor en el mismo cargo que ocupaba y para que dicte -en el plazo de 30 días de quedar firme la sentencia- un nuevo acto administrativo de acuerdo a las consideraciones vertidas en el decisorio. 2°) Diferir el tratamiento de la cuestión atinente a los salarios caídos y a la tasa de interés aplicable para una vez dictado el acto administrativo ordenado (cfr. Considerando 9°); 3°) Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 51 C.P.C.A); 4°) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 del Decreto Ley N° 8904/77). Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes conforme fs. 824 y, oportunamente, devuélvase. Se deja constancia que la Sra. Jueza Ana María Bezzi no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

JORGE AUGUSTO SAULQUIN

HUGO JORGE ECHARRI

ANTE MÍ

MARIANA MÉNDEZ

Secretaria

Cámara de Apelación en lo contencioso Administrativo – San Martín

Registro de Sentencias Definitivas N°.....fs.....