



ACUERDO Nº 49. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO DARIO MOYA**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"ROMERO LUIS OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. 2477/08**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** Que a fs. 8/9 el Sr. Luis Oscar Romero, por apoderado, interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Centenario.

Solicita se ordene el pago de sus haberes del mes de enero/2008 que, dice, le fueron indebidamente descontados, con más sus intereses y costas del proceso.

Manifiesta que es empleado de planta permanente de la demandada y prestaba funciones en el Departamento Ejecutivo en la Secretaría de Gobierno, Producción y Medio Ambiente.

Alega que se presentó a trabajar, durante el mes de diciembre/07, cuando en el Municipio se produjo el cambio de gobierno y no le asignaron tareas para cumplir. Agrega que tampoco lo hicieron en enero/08; pero, el 30 de enero del 2008, mediante la Disposición 23/08 el Director de Personal dispuso un cambio del lugar de prestación de funciones: desde la Secretaría de Gobierno a la de Obras Públicas. Entiende que tal medida obedeció a su afinidad con otra agrupación política.

Luego el 01/02/08, fue intimado a presentarse en el nuevo lugar de prestación de servicios, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo.



Rechazó tal intimación, negó las ausencias injustificadas porque se encontraba con licencia médica (con certificado) y pidió que se aclaren las tareas que debía realizar.

Plantea que la demandada cuestionó que se hubiera presentado a trabajar y alegó el inicio de una investigación sumaria.

Menciona que, no obstante, le descontaron 28 días de sus haberes, sin que mediara actuación sumarial que pudiera justificar dicho proceder.

Refiere que reclamó la devolución mediante Expte. administrativo el 27/2/08 sin obtener respuesta.

Afirma que nunca se inició sumario para investigar la situación y, sin embargo, se hizo el descuento de haberes de enero/08 sin justificar tal conducta.

Explica que durante la gestión del gobierno anterior, no marcaba tarjeta porque prestaba funciones como chofer del Secretario de Gobierno, con un horario más amplio y por eso su tarjeta no estaba marcada desde el 11/12/07 al 1/2/08.

Indica que, para el supuesto de calificar la situación como un abandono de servicio, conforme el art. 93 del Estatuto Municipal no se le aplicó la sanción que la norma establece, toda vez que se le descontaron los días sin tener tarjeta de fichado para justificar su prestación.

II.- Se declara la admisión del proceso mediante la R.I. 11/10 (fs. 151).

III.- El actor opta por el procedimiento ordinario (fs. 154) y se ordena el traslado de la demanda.

IV.- A fs. 158 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la ley 1575.

V.- A fs. 166/169 se presenta la Municipalidad de Centenario a contestar el traslado.



Luego de las negativas de rigor, explica que ante una nueva gestión de gobierno, que comenzó el 10 de diciembre de 2007, se constató que en la Administración municipal existía desorganización de legajos y agentes. Además, que muchos agentes no efectuaban la prestación de sus servicios en forma efectiva.

Relata que se demoró unos días, en ordenar los legajos y verificar el lugar de prestación de servicios; tal el caso del actor.

Señala que desde la Dirección de Personal de Recursos Humanos se decidió realizar una reestructuración de áreas y del personal; por eso, el Sr. Romero fue reasignado a la Secretaría de Obras y Servicios públicos, donde su legajo indicaba que era su destino original de trabajo, sin que hubiese una norma legal que lo trasladara a prestar servicios en la Secretaría de Gobierno.

Indica que el 1 de febrero fue intimado para que se presente en su lugar de trabajo y justifique las reiteradas inasistencias, como también para que cumpla con el registro de su ingreso laboral

Cuenta que el actor en vez de concurrir a trabajar presentó un certificado médico para los próximos 30 días posteriores a la fecha del mismo, es decir desde el 31/01/08 sin justificar sus inasistencia anteriores.

Afirma que el Sr. Romero durante el mes de Enero/08, no se encontraba con licencia médica y, resulta improcedente lo manifestado respecto a la falta de fichaje (chofer de Gobierno) y, en definitiva, él mismo reconoció que no trabajó durante ese mes.

Sostiene que la Administración cuenta con facultades para descontar haberes, sin necesidad de realizar sumario, tal como se procedió en el caso.

Alega que frente a la falta de cumplimiento de la prestación laboral, desaparece la obligación de pago de



salario; esto porque el salario es la contraprestación a cargo del empleador que tiene derecho a no cumplirla en función del carácter sinalagmático de la relación laboral: prestación de trabajo - abono del salario.

Cita jurisprudencia.

Reseña lo establecido en los artículos 80 y 83 del Estatuto de empleado municipal.

Sostiene que la Administración actuó en el ámbito del poder disciplinario, en uso de una facultad discrecional, el haber retenido los haberes del actor en enero/08 ante la falta de asistencia al trabajo sin justificación alguna.

Funda en derecho. Ofrece prueba

VI.- A fs. 175 se abre la causa a prueba y a fs. 226 se clausura la etapa probatoria y se ponen los autos para alegar.

A fs. 238/241 se agrega alegato de la Municipalidad demandada.

VII.- A fs. 243/247 obra el dictamen del Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propone se haga lugar a la demanda.

VIII.- A fs. 249 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a la causa en estado del dictado del Acuerdo definitivo.

IX.- Expuestas las posiciones de la partes, la cuestión se centra en dilucidar la legalidad del descuento de los haberes del actor efectuado por la comuna demandada.

En efecto, aparece como un hecho acreditado que al actor le descontaron 28 días en sus haberes del mes de enero/08, por inasistencia (cfr. recibo fs. 3).

Frente a ello, el accionante reclama su percepción y alega haber concurrido a trabajar todos los días, brinda explicaciones ante la falta de fichado pero, contradictoriamente, refiere que no le brindaron tareas, plantea que el procedimiento correcto hubiera sido el inicio



de un sumario administrativo y, por último, señala que presentó un certificado médico.

Ante esa circunstancia la demandada justifica su actuar en el entendimiento que ante la falta de prestación de servicios no corresponde sean abonados los haberes, sin necesidad de instruir un sumario administrativo.

Corresponde aclarar que, tanto la presentación del certificado médico, como la reubicación funcional del actor en la Secretaría de Obras Públicas (Disposición Municipal 23/08, del 30/1/08) y el intercambio epistolar mantenido (intimación al actor a presentarse en su lugar de trabajo (fs. 5/7) son posteriores a la fecha del descuento.

X.- Ahora bien, la situación expuesta en los presentes aparece como irregular.

El actor manifiesta que concurrió a prestar servicios, luego del cambio institucional -desde 10/12/07- pero no recibió directivas y/o tareas para cumplir, sin explicar qué hizo frente a tal circunstancia.

Respecto a la efectiva prestación laboral del accionante, los testigos refieren que concurrió y que no le daban tareas (Iribarren fs. 194, Arias fs. 195); ambos aluden a que el lugar de trabajo del actor era la planta de agua, como sereno, en la gomería, sector mantenimiento.

El cumplimiento del débito laboral aparece como un punto en duda, que no ha sido debidamente acreditado; en especial consideración ante la falta de constancia de su fichaje y sin que se explique por qué lo omitía.

La demandada informa que después del cambio institucional, hubo un tiempo de reorganización de áreas y personal, como también que el actor no contaba con tarjeta de fichado.

Frente a este panorama, la demandada aún sin la certeza de que el actor concurrió a trabajar efectuó el descuento de los haberes.



Ahora bien, tal momento de organización de ninguna manera puede perjudicar al agente toda vez que la actuación administrativa debe ser racional y justa, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen las facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (cfr. Ballatore Juan c. Ministerio de Justicia, La Ley 1997-C, 331).

Por otro lado, no puede perderse de vista la naturaleza alimentaria del salario, la que aparece seriamente comprometida en el caso.

Los haberes por esencia son de carácter alimentario (se devengan en forma cotidiana y están destinados a atender necesidades que no pueden esperar).

XI.- El interrogante que aparece es, cuál hubiera sido la conducta esperable de la Administración ante la sospecha que el actor no cumplía con su débito laboral?

La respuesta surge del Estatuto de los empleados municipales, en uso de las facultades disciplinarias que le son propias como empleadora a la Administración.

Dichas facultades conllevan el cumplimiento del procedimiento sancionatorio que establece el Estatuto para los empleados municipales.

Aparece como excesivo el fundamento dado por la Comuna, quien alega que el descuento se efectúa en uso de dichas facultades, pero como consecuencia de la falta de prestación de servicios, sin cumplir el procedimiento allí fijado.

Debe tenerse presente que el art. 88 resguarda a los agentes municipales al indicar que:

"el agente de la Administración municipal no podrá ser privado de su empleo, ni objeto de sanciones



disciplinarias sino por las causas y procedimientos que en este Estatuto se determine...”

Entonces, frente al cuadro sostenido por la demandada -inasistencia del actor- aparecen distintas posibilidades en el régimen estatutario, así el art. 91 dice:

“...Son causas para aplicar medidas disciplinarias de: llamado de atención, apercibimiento y suspensión hasta 30 días hábiles... 3) Inasistencias injustificadas al servicio, de acuerdo a la siguiente escala: 1º inasistencia: 1 llamado de atención; 2º inasistencia: 1 apercibimiento; 3º y 4º inasistencia: 1 día de suspensión por cada falta; 5º y 6º inasistencia: 2 días de suspensión por cada falta; 7º y 8º inasistencia: 3 días de suspensión por cada falta; 9º inasistencia: 4 días de suspensión por cada falta; 10º inasistencia: 5 días de suspensión...”

Luego, el art. 92 explica: *“para las sanciones que no requieren sumario previo y no correspondan a los artículos (incumplimiento del horario, incisos 1, 2 y 3) se comunicará la sanción al agente por escrito dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, con expresa especificación de la causa, la sanción y fecha. Contra la misma el agente podrá interponer en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) recurso de revocatoria ante la Junta de Disciplina quien resolverá sobre la aplicación o no de la medida adoptada. Cuando estas sanciones impliquen descuentos de días, los mismos serán mantenidos en suspenso mientras se tramite el recurso respectivo, ante la Junta de Disciplina, procediendo su aplicación una vez definida esta última instancia” (el subrayado es propio).*

Desde ya, se adelanta que el ocurrir de los acontecimientos analizados, frente a las inasistencias del Sr. Romero que la demandada afirma sucedieron, su parte no acredita haber comunicado ningún procedimiento para permitir que ejerciera su derecho de defensa ante la Junta de Disciplina.



Sin perjuicio de ello, y toda vez que fue intimado el Sr. Romero a presentarse para el cumplimiento de sus labores, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de servicio; se repasa dicho artículo que, establece:

"...Se considera abandono de servicio cuando el agente haya inasistido en forma continua e injustificada durante 5 días laborales. El agente que incurra en tres (3) inasistencias consecutivas, sin previo aviso, será considerado incurso en abandono de servicio. Se lo intimará para que se reintegre a sus tareas dentro del término de 2 días hábiles y subsiguientes a la notificación. Si no se presentara, vencido el plazo, se decretará la separación del cargo, hasta la sustanciación definitiva de las actuaciones que a tal efecto se inicien, salvo cuando pudiera justificar valedera y suficientemente la causa que hubiera imposibilitado la respectiva comunicación..."

La demandada al responder el Oficio remitido, (fs. 200) informó que: "No se encuentran en nuestros archivos actuaciones sumariales respecto a las ausencias injustificadas del agente Romero Luis en el mes de enero de 2.008, debido a que conforme lo dispuesto por el artículo 101 del Estatuto del Empleado Municipal, Ordenanza 3237/98, las actuaciones sumariales se iniciarán: "...1) cuando exista déficit de inventario o pérdida, daños o destrucción de bienes de la Administración municipal o de terceros; 2) En los casos de faltas disciplinarias que puedan dar lugar a la cesantía o exoneración..."

Señala que ante las faltas cometidas por el agente Romero respecto a las inasistencias injustificadas, el Estatuto dispone de sanciones preestablecidas, para las cuales no es necesario la apertura de investigación sumaria, una vez comprobada la falta, conforme estipula el art. 91 del Estatuto.



Aparecen entonces algunas conclusiones de envergadura:

- la Administración frente a la ausencia de un agente debe poner en marcha el régimen disciplinario;
- hasta la inasistencia 10° debe notificar al agente la aplicación de la sanción de suspensión (art. 91) con la posibilidad de recurrir a la Junta de Disciplina o
- para el supuesto de encuadrarlo como abandono de servicio (sin que pueda distinguirse de la regulación los factores que determina el encuadre) debe intimar al agente a presentarse.

Pero la conducta bajo análisis, esto es, la adoptada por la demandada, fue proceder a la retención de 28 días de los haberes del actor, sin que ello encuadre en ninguna previsión estatutaria y por ende, sin sustento legal.

Se agrega que no se dictó acto administrativo alguno que recoja la expresión de voluntad administrativa para fundar tal accionar.

Bajo dichas premisas, la actuación de la Administración al resolver el descuento por inasistencia injustificada, no aparece razonable. Desde allí, la retención de haberes por 28 días durante el mes de enero/08, sin la existencia de un acto que así lo determinara, no se ajusta a derecho.

Es decir, bajo los hechos acontecidos (para el supuesto de falta de prestación del servicio pese a la negativa del actor sobre este punto), la Administración no podía válidamente retraer su remuneración en forma total.

Como se expusiera al comienzo, es ésta última conducta -descuento de haberes- la que debe ser valorada a la luz del principio de legalidad.

XII.- En particular para analizar la legitimidad de la conducta de la Administración al disponer la interrupción de la liquidación de haberes del actor, es menester realizar



ciertas observaciones en función de la posición que han asumido las partes en el desarrollo de la relación que los uniera (tal como se realizara en el Acuerdo 1390/07, Autos: Quaglia).

Las partes ligadas por una relación contractual, tienen obligaciones cuyo cumplimiento de buena fe, con espíritu de solidaridad y colaboración, constituye uno de los presupuestos para que ésta tenga sentido.

En el empleo público, existe una relación de sujeción especial de derecho público que vincula a la Administración con el agente. Resulta evidente que entre ellos existe una relación jurídica que tiene como origen una manifestación de voluntad libre y espontánea que obliga a quien la produce a respetar los estatutos correspondientes.

Es a partir de la aceptación de la designación, que se originan entre ellos derechos y obligaciones. Así, el derecho a desempeñar el cargo para el que ha sido designado y la obligación de prestar el servicio correspondiente, genera el derecho a percibir la remuneración a partir del momento en que efectivamente presta servicios.

En el caso, el régimen jurídico aplicable es el Estatuto para los Empleados de la Municipalidad de Centenario, pues dicho cuerpo normativo constituye un conjunto orgánico de preceptos, que establece derechos y obligaciones a las que se someten los agentes, brindando certeza y seguridad en las relaciones entre el estado y ese personal.

Siendo contractual la relación de empleo público, el salario implica la contraprestación que el agente recibe por la prestación de sus servicios, de parte de quien se beneficia con ellos, o sea el Estado.

La contracara de tal beneficio, lo constituye el ejercicio efectivo de la función habida cuenta que de no ser así, ese pago carecería de causa.



Situados en este punto entonces, la conducta que se espera de un agente público se encuentra prevista, en general, en las obligaciones y prohibiciones contempladas en leyes y reglamentos que regulan esta relación y que deben ser aceptadas por el empleado.

Y no es ocioso recordar que el artículo 10 del respectivo Estatuto, en su inc. a) establece como obligación:

"la prestación de servicios en forma personal con eficiencia, capacidad, dedicación y diligencia, en el lugar, destino y condiciones de tiempo y forma, que determinen las disposiciones reglamentarias correspondientes..."

En su inc. o) *"...cumplir íntegramente y en forma regular el horario de labor establecido..."*

En virtud de lo expuesto, resulta una obligación del agente concurrir a prestar servicios; proceder a su fichado, comunicar sus ausencias, justificarlas y contar con la debida autorización para que sea viable la eximición del deber de prestar servicios efectivos, so riesgo de que su incumplimiento de lugar a las sanciones disciplinarias.

Ahora, tal como han quedado fijados los hechos, se advierte que el actor, en el marco de la irregularidad plasmada, no cumplió cabalmente con las obligaciones puestas a su cargo.

Pero, en ese cuadro, presentado el conflicto, la Administración en vez de reordenar las cosas en el marco de las potestades disciplinarias que regula el Estatuto, obró materialmente y retuvo los haberes.

Claro está que, en este punto, la carencia de la emisión del acto genera responsabilidad para la demandada.

Es decir, la comuna demandada debió resolver la situación conforme al principio de legalidad, con lo cual su propia negligencia -traducida en una actitud permisiva- apareja ahora la responsabilidad que le cabe asumir por no



haber actuado: no tramitó un sumario y tampoco dictó el acto administrativo que diera sustento a la retención de haberes.

Resulta llamativo que un agente público pueda permanecer sin prestar servicios durante 28 días y que la propia Administración no articule ninguna medida correctiva para proceder directamente a la retención de los haberes.

XIII.- Ahora bien, cabe recordar que en un Estado de derecho el principio de legalidad preside todo el accionar de la Administración, ésta se encuentra sometida a la ley y debe limitar sus posibilidades de actuación a la ejecución de la misma.

Este principio de legalidad de la Administración *"opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es ilegítima"* (García de Enterría, Eduardo- Fernández Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", Ed, Civitas, Madrid, 10º edición, 2001, tomo I, pág.440).

Cuando la autoridad administrativa quebranta este principio y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de esa base sustentadora, estamos en presencia de una vía de hecho, definida como la *"violación del principio de legalidad por la acción material de un funcionario o empleado de la Administración Pública"* (Marienhoff Miguel S, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Tomo II, pág 213).

Desde tales premisas, la retención de los haberes del actor, sin acto alguno que dispusiera tal proceder, traduce lo que la Ley de Procedimientos Administrativos identifica en su capítulo III como *"hecho administrativo"*.

Son los artículos 100 y 101 de ese cuerpo, los que prevén que: *"cuando el ordenamiento jurídico exigiera una declaración previa a la actuación material administrativa, la*



falta de aquella hará responsable a la entidad pública y al agente ejecutante por los daños y perjuicios que se ocasionaren”, y “los órganos en ejercicio de la función administrativa, se abstendrán de a) comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantías constitucionales”.

Sabido es que la vía de hecho importa una actuación de suyo irregular, que desborda las atribuciones que legítimamente ejerce la autoridad administrativa y, en tal carácter, mal puede ser reconocida como la aplicación o derivación de un texto legal o reglamentario. A la par que desprovisto de título jurídico que lo justifique, es un obrar que afecta o vulnera derechos individuales. En ello radica su condición esencial: una actuación administrativa material y ofensiva, realizada sin los necesarios soportes jurídicos formales. De ordinario, dicho título o fundamento jurídico ha de identificarse con -y reside en- un acto administrativo previo. Esto se explica porque el ordenamiento suele diferir a la administración pública el desarrollo, reglamentario, aplicativo y ejecutivo, de las determinaciones generales de la ley (cfr. “El Derecho” Administrativo, Tomo 2003, Pág. 187, SC BSAs, julio 17-2003).

En el caso, la comuna demandada debió emitir un acto administrativo habilitante de la interrupción de la liquidación, con invocación de una norma legal o reglamentaria que posibilite la retracción de los haberes.

Frente a su ausencia, determina que en este punto, la conducta observada por la Administración no se ajuste al principio de legalidad.

Por las razones y fundamentos desarrollados propicio se haga lugar a la demanda promovida por el Sr. Luis Oscar Romero y, en consecuencia, la Administración demandada proceda al pago de los haberes al actor correspondientes al mes de enero/08 con más sus intereses desde el 07/02/08 (cfr.



recibo de fs. 3) hasta su efectivo pago. La tasa que deberá utilizarse para efectuar la precedente liquidación será la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. "Alocilla Luisa Del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", Expte. N° 1701/06 (Acuerdo 1590/09)). La planilla de liquidación deberá ser efectuada en la etapa de ejecución de sentencia.

Las costas serán impuestas en el orden causado, en atención a las particularidades que presenta la cuestión y a la forma en que se condujeron ambas partes en la relación laboral, todo lo cual justifica la distribución de las costas por su orden. Las circunstancias expuestas en el voto, pudo inducir a las partes a sostener sus respectivas actitudes. **TAL MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor EVALDO DARIO MOYA** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1°)** Hacer lugar a la demanda promovida por el Sr. Luis Oscar Romero contra la Municipalidad de Centenario; **2°)** Condenar a la demandada al pago de los haberes del actor correspondientes al mes de enero/08 con más sus intereses desde el 07/02/08 (cfr. fs. 3) hasta su efectivo pago. La tasa que deberá utilizarse para efectuar la precedente liquidación será la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. "Alocilla Luisa Del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", Expte. N° 1701/06 (Acuerdo 1590/09)). La planilla de liquidación deberá ser efectuada en la etapa de ejecución de sentencia; **3°)** Imponer las costas por su orden (art. 68, 2da. parte del CPCC); **4°)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales



intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello; 5º)
Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que,
previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes
por ante la Actuaría, que certifica.

DR. OSCAR E. MASSEI - DR. EVALDO DARIO MOYA
DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria