ACUERDO N° 124. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los nueve días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, 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 Analía Bermúdez,** en los autos caratulados: **"PACHECO EDUARDO GUENSESLADO C/ MUNICIPALIDAD DE BAJADA DEL AGRIO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° OPAZA1 4820/2014**, venidos en apelación y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.-** A fs. 130/141 se dictó sentencia en la que se hizo lugar parcialmente a la demanda iniciada por el actor contra la Municipalidad de Bajada del Agrio, se nulificó la suspensión por 15 días, aplicada mediante Nota 122/11; se condenó al pago de una indemnización y se rechazó el rubro “daño moral”.

II.- A fs. 145/7, la demandada apeló la sentencia. Solicita que se revoque el pronunciamiento y se rechace la demanda en forma total.

Al expresar agravios indica que en la sentencia se nulificó la sanción aplicada porque no se instruyó sumario previo. Considera que tal decisión no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba incorporados al proceso. Asimismo, entiende que el análisis de las actuaciones administrativas efectuado en el fallo incurre en un exceso de rigor formal.

Afirma que la prueba documental contradice tal afirmación del fallo, ya que de la misma surge que, antes de aplicar la sanción por incumplimiento de las órdenes que se le impartieran, se brindó al actor la posibilidad de ejercer su defensa y hacer el descargo por la falta laboral en que se fundó la sanción.

Expone que en las actuaciones administrativas está acreditada la actitud renuente del actor a cumplir las directivas de su empleadora, como también el descargo efectuado por el Sr. Pacheco al impugnar la decisión administrativa.

Indica que, además, surge de dichas actuaciones la respuesta brindada por la Municipalidad a dicha impugnación, la intimación previa a la sanción para que el agente cumpliera las obligaciones a su cargo y la notificación al accionante de cada una de esas actuaciones. Repasa las constancias del procedimiento administrativo.

Señala que el actor efectuó su descargo a través de la presentación efectuada el 29/07/11, que fue respondida mediante Nota 120/11, en la que se dejó constancia de la negativa a cumplir las tareas asignadas y de la exhortación a retomarlas. Agrega que, luego, ante la persistencia en la actitud renuente, se aplicó la sanción disciplinaria cuestionada.

Concluye que no existen razones jurídicas fundadas que justifiquen la declaración de nulidad del acto administrativo, sobre todo, cuando el juez reconoce que se encontraba acreditada la conducta renuente del agente a desempeñar las tareas asignadas.

III.- A fs. 148 se concedió el recurso de apelación con efecto suspensivo y se ordenó dar traslado a la contraria en los términos del art. 6 de la Ley 2979.

IV.- A fs. 151/2 contestó la actora y solicitó el rechazo de la apelación, con costas.

Para refutar los agravios indica que, en virtud de cómo se trabó la litis, la sentencia no se apartó del principio de congruencia. Agrega que la decisión es razonada y que en la misma se valoraron todas las pruebas producidas en la causa.

Alega que en el decisorio se constató la inexistencia del sumario previo, previsto en el régimen legal aplicable.

Afirma que no se advierte de qué forma la sentencia se habría apartado de lo prescripto en el artículo 63 de la Ley 1305, tal como afirma la apelante.

Señala que el sumario administrativo es un expediente al que se le aplican los artículos 133 y siguientes de la Ley 1284 sobre identificación, compaginación y foliatura. También destaca que el artículo 52 de esa norma se refiere a la necesaria motivación del acto administrativo.

Indica que, tal como se estableció en la sentencia, la cuestión a decidir se centraba en la validez del acto que dispuso la sanción cuando se ha omitido el cumplimiento de algún trámite necesario que vulnera la garantía de defensa.

Para finalizar, alega que la recurrente no cumplió con los recaudos previstos en el artículo 265 del CPCyC, en virtud de que la expresión de agravios no contiene una crítica concreta y razonada y, por tal motivo, solicita que el recurso sea declarado desierto.

V.- A fs. 154 se remitieron las actuaciones a esta Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia.

VI.- A fs. 159/163 dictaminó el señor Fiscal General, quien propicia que se haga lugar a la apelación y, en consecuencia, se revoque la sentencia y se disponga el rechazo total de la demanda.

VII.- En forma liminar, debe destacarse que el recurso bajo análisis ha sido oportunamente interpuesto, por parte legitimada, en contra de una sentencia definitiva (art. 6 de la Ley 2979 y 260 incs. 2, 3, 4 y 5 del art. 260 del CPCyC), razón por la cual, corresponde su tratamiento.

Ingresando al análisis del recurso, resulta oportuno señalar que las facultades decisorias de esta Alzada se encuentran limitadas a las cuestiones que hayan sido oportunamente propuestas a resolución del inferior, y no hayan sido expresa o implícitamente excluidas por los recurrentes al fundar la apelación (arts. 271 y 277 del C.P.C. y C.), y en ese marco corresponde examinar la apelación.

VIII.- La decisión de primera instancia contiene una adecuada relación de la causa, la que debe tenerse por reproducida en la presente para evitar su innecesaria reiteración.

IX.- Ahora bien, se agravia la demandada porque la sentencia declaró la nulidad del acto que dispuso la sanción al actor con fundamento en que no se instruyó sumario previo y en que se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso.

La recurrente finca el agravio en que el juez no consideró que, pese a no haberse instruido sumario, el actor pudo ejercer en forma cabal su derecho de defensa. Entiende que en la sentencia se evaluó a las actuaciones administrativas con excesivo rigor formal y que, por tal motivo, se nulificó el acto que impuso la sanción.

De los términos de la sentencia recurrida surge que el juez en su razonamiento advierte que, si bien la aplicación de una sanción podría haber estado justificada en virtud del accionar renuente del Sr. Pacheco a desempeñar las labores que se le ordenaban, no se instruyó sumario ni se garantizó en forma efectiva el derecho de defensa en forma previa a su aplicación; por tal motivo, entendió cercenado el derecho de defensa del Sr. Pacheco y declaró la nulidad de la Nota 122/11.

Resalta la obligatoriedad del sumario previo a través del repaso de las normas estatutarias que conforman el régimen disciplinario de la Administración Pública.

En efecto, tal como surge del análisis normativo efectuado por el juez en la sentencia, la aplicación de una sanción como la que se impuso al Sr. Pacheco (15 días de suspensión sin goce de haberes) requiere la instrucción de un sumario previo (cfr. Cap. VII, arts. 109 y sgtes. del EPECAP).

Es que, "…si el procedimiento administrativo constituye siempre una garantía jurídica, este carácter adquiere especial importancia cuando se trata del trámite cuyo objeto es la imposición de una sanción administrativa. En efecto, la Administración no puede sancionar sin la previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción que respete el principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo del artículo 18 de la Constitución Nacional, y concordantes con las normas legales y reglamentarias aplicables en cada tipo de relación de empleo público" (cfr. Ac. 71/11, autos "Torres Luis").

En el mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que: "es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita." (cfr. CorteIDH, caso "Baena y otros", sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafo 106). De allí que, rigen para el caso bajo estudio, en forma analógica, las garantías rituales establecidas, tanto en la Constitución Provincial (artículo 62 y ss. de la CP), como en el bloque de constitucionalidad federal (artículo 18 de la CN y Tratados y Convenciones con jerarquía constitucional), verbigracia, las del artículo 8 de la CADH (cfr. Corte IDH, caso "Baena y otros", sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 a 129; en función de los artículos 21 de la CP y 75, inciso 22, de la CN y de la

doctrina de Fallos CSJN 318:514 in re “Giroldi”) –Ac. 21/14, autos "Brillo"-.

En este caso, conforme surge de las actuaciones administrativas acompañadas, antes de ser sancionado, el actor cuestionó el cambio de funciones pero no tuvo oportunidad de defenderse de una falta concreta ni de efectuar su descargo. Y si bien, con posterioridad a la aplicación de la sanción, pudo recurrir esa posibilidad no alcanza para legitimar la decisión viciada por la falta de instrucción de sumario previo.

Ante la renuencia del Sr. Pacheco a cumplir las nuevas tareas, la demandada debió haber instruido un sumario, establecer el encuadre de la falta que se le atribuía y posibilitarle, en ese marco, ejercer su derecho de defensa.

La necesidad de instruir sumario se hace más patente si se tiene en cuenta la gravedad de la sanción impuesta.

Es que, si previo a la aplicación de cualquier sanción, es condición inexcusable que el afectado tenga la ocasión de formular su descargo antes de la emisión del acto (es decir ser oído en tiempo y forma adecuada y poder ofrecer, producir y controlar la prueba que hace a su defensa), frente a una sanción grave -como es la suspensión por 15 días- tales recaudos no son materia disponible.

Desde esta perspectiva, la demandada, en ejercicio del poder disciplinario, no debió imponer la sanción sin que antes el Sr. Pacheco pudiera tener cabal conocimiento de las actuaciones administrativas en las que se le formulaba el reproche disciplinario, sin hacerle conocer la falta con precisión y sin permitirle probar lo que estimaba que hacía a su derecho al formular su descargo.

El cumplimento adecuado y legítimo de estos recaudos son aspectos susceptibles de contralor judicial para garantizar el debido proceso legal dentro de un proceso administrativo disciplinario. Y para que éste exista, es

preciso que se pueda hacer valer los derechos en forma previa y en tiempo oportuno y defender sus intereses de manera efectiva.

Luego, la privación del derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a controlarla en forma previa a la imposición, conlleva la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta sin esas condiciones.

Asimismo, tal como se advierte en el fallo, la omisión señalada –como consecuencia de la garantía de defensa y el debido proceso– no es susceptible de subsanación en la instancia judicial cuando, como en este, se han visto afectadas tales garantías constitucionales.

No se trata de corregir irregularidades cometidas durante el trámite del sumario sino de la aplicación de una falta grave sin que siquiera se haya instruido el procedimiento disciplinario.

En esa línea no es posible asimilar la garantía el debido proceso previo con el control administrativo a través de la vía recursiva porque son dos cuestiones diferentes.

Corresponde distinguir entre vía recursiva y sumario previo en tanto se trata de dos garantías independientes y valiosas, la primera instituida para posibilitar el efectivo control de legalidad de la actividad administrativa y la segunda como concreción de la garantía constitucional del debido proceso legal.

Así la teoría la teoría de la subsanación no resulta aplicable en ocasiones como las que aquí se debaten, cuando el agente si bien pudo argumentar su defensa al interponer los recursos de reconsideración y jerárquico, de las actuaciones surge que, previo a la sanción, no se desarrolló su procedimiento sumarial en la forma debida.

En consecuencia, conforme a las circunstancias puestas de manifiesto que muestran que no se ha respetado el

principio de legalidad, la nulidad del acto sancionatorio (Nota 122/11) declarada por el juez resulta ajustada a derecho.

En función de lo expuesto y por compartir los fundamentos dados en la instancia de grado, corresponde la confirmación del fallo apelado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a cargo de la parte demandada vencida, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia, conforme pautas del art. 15 de la Ley de Aranceles. **ASÍ VOTO**.

El Señor Vocal **Doctor EVALDO DARIO MOYA** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, 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 Sr. Fiscal General, **SE RESUELVE**: **1°)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia obrante a fs. 130/141, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento. **2°)** Imponer las costas de alzada a la parte recurrente en su calidad de vencida (arts. 68 C.P.C.C.). **3°)** Regular los honorarios de letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que se les regule en primera instancia (art. 15 L.A.). **4°)** Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

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

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARÍO MOYA
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria