

Expte. N° 13-04310106-9 “Silva Yanten Eduardo Rafael c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ A.P.A.”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- En autos se promueve acción procesal administrativa contra el Decreto N° 124/2018 del Sr. Gobernador de la Provincia de fecha 02 de febrero de 2018 dictado en el expediente N° 616-D-2017-20108 y sus acumulados, por el que se rechaza el recurso jerárquico interpuesto contra la Resolución N° 3959-S-16, que rechazó en lo formal el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 2044 que ordena la baja obligatoria del Auxiliar- Personal Policial- Eduardo Rafael Silva Yanten, a partir de noviembre de 2015, de conformidad a lo dispuesto por el art. 58 inciso 4) de la Ley N° 6722, solicitando se lo reintegre a sus labores y el pago de sus haberes con fecha retroactiva al 16 de noviembre de 2015.

Expresa el accionante que el acto impugnado que dispuso la baja presenta un vicio grave en la forma, ya que no había sido suscripta por el notificador, ni se había fechado el acto de la notificación, por lo que se había cercenado su derecho de defensa, ya que no se sabía cuándo comenzaba a correr el plazo para impugnar el acto administrativo.

Considera que con total desprecio a su derecho de defensa, el Sr. Gobernador entendió que el recurso de reconsideración había sido presentado de manera extemporánea, sin siquiera valorar la prueba ofrecida tendiente a acreditar que estaba en condiciones de volver a su labor y que su trabajo era necesario para su recuperación y solo fundando su decisión en las constancias del expediente administrativo, lo que lo vicia en forma grosera.

Asimismo, alega que la Resolución N° 3959 presenta un vicio grosero al rechazar el remedio intentado diciendo que la notificación estaba correcta.

En lo sustancial, aduce un trato discriminatorio, e injusto que agudiza su situación de vulnerabilidad, que había logrado revertir gracias a su persistencia y disposición al tratamiento psicológico y psiquiátrico y

una condena social por un comportamiento que ni siquiera revestía carácter de consumo problemático sino meramente ocasional, en total discordancia con las normas que regulan la salud mental y las normas constitucionales.

Refiere que su desempeño en la fuerza policial ha sido siempre óptimo según consta en certificado de “Concepto Funcional” expedido por el Subcomisario P.P. Jorge Rubén Cavalli Davis, transcurrido un mes de su licencia por enfermedad, lo que demuestra que se tomó una decisión sin valorar razonablemente las circunstancias de hecho y derecho aplicable y la medida adoptada ha sido desproporcionada a los fines perseguidos, al concluir que no se encontraba en condiciones de ejercer la función policial en contradicción con las constancias de su destino (Subcomisaria El Carrizal).

Relata que el 20 de noviembre de 2009 ingresó a la Policía de Mendoza como Auxiliar Personal Policial y en mayo de 2015 trascendió a la División de Sanidad Policial mi consumo ocasional de marihuana, situación que no se encuentra prohibida legalmente, lo que llevó a las reiteradas entrevistas clínicas con profesionales de dicha dependencia.

Expresa que por directiva de los profesionales de Sanidad Policial (psicóloga y psiquiatra) inició su licencia por enfermedad y lo derivaron a evaluaciones y tratamiento; en agosto se lo pasó a disponibilidad por enfermedad y en septiembre la Junta Psiquiátrica-Psicológica de la División Sanidad Policial elevó informe que concluía que no me encuentro apto para ejercer la función policial con portación de arma y que podría cumplir funciones policiales sin portación de arma.

Agrega que en noviembre de 2015 el Director de Recursos Humanos dicta la Resolución N° 1168/15 de corte preventivo de haberes la cual se notifica pasado un mes para presentar descargo, el cual fue realizado el 8 de enero de 2016. Con posterioridad el día 05 de abril de 2016 la Junta de Salud Mental determina que no soy Apto para cumplir Funciones Policiales por los rasgos de personalidad evaluados, que resultan incompatible con el perfil que se requiere para esa función.

Manifiesta que sin poder precisar día y hora se me entrega la Resolución N° 2044-S-2016, la cual no hace referencia al descargo presentado ni a la prueba ofrecida, la que no fue ni proveída, ni producida. Describe el iter administrativo seguido.

II- En el responde de fs. 59/61 el Gobierno de la Provincia destaca que el acto administrativo de baja resulta ajustado a derecho de conformidad con el art. 58 inc. 4 de la Ley N° 6722, de acuerdo con los informes de la Junta Médica de Sanidad Policial (fs. 1-2 y 36 del expediente administrativo), emitido por la autoridad competente y surge de las propias alegaciones del recurrente, quien reconoce la patología que padecía y que motivaron la baja de la institución policial.

Interpreta que no existe dentro del régimen especial del personal policial norma que permita asignar funciones de índole administrativa sin portación de arma al personal que desempeña funciones de seguridad, dentro del escalafón en el que se encontraba el accionante, resultando inadmisibles la reubicación del agente en tareas sin portación de armas, por lo que corresponde en su caso el pago de la indemnización prevista en el art. 308 inc. 2 de la Ley N° 6722.

En cuanto a la pretensión de liquidación retroactiva de haberes no percibidos, entiende que la misma resulta improcedente toda vez que no ha existido contraprestación laboral que justifique el reclamo salarial y no hay norma legal que la habilite.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 66/68 y, manifiesta que corresponde declarar la improcedencia de la demanda por no advertir la violación de derechos del Agente policial, ni de las formas previstas en la ley de procedimiento, al momento de dictar el acto administrativo que se ataca.

IV- Analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio, los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i. Se advierte que el actor fracasa en el intento de demostrar la procedencia de su pretensión, reiterando argumentos ya expuestos en instancias anteriores que no logran desvirtuar, en concreto, los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados al emitir la resolución puesta en crisis ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución dictada.

ii. Resultan hechos jurídicamente relevantes que el actor se desempeñaba como agente Personal Policial de la Policía de la Provincia de Mendoza y que mediante Resolución N° 2044-S- de fecha 10/08/2016 se dispuso la baja obligatoria del agente conforme lo preceptuado por el art. 58 inc. 4) de la Ley 6722.

iii. Asimismo ha quedado acreditado que la baja se dispuso a raíz del informe de Sanidad Policial obrante a fs. 02 y 36 de los autos N° 14077-D-2016-00106, carat. “s/ Baja obligatoria Of. Aux. PP Eduardo Rafael Silva Yanten”, el cual expresa que “...*Luego de reiteradas evaluaciones, en examen Psiquiátrico-Psicológico del 24/08/15, la Junta de Salud Mental concluye que el Sr. Silva No se encuentra Apto para ejercer la Función Policial en Forma Definitiva, resolución de la que se notificó al serle leída. En las reiteradas evaluaciones realizadas por este servicio, se observó inmadurez psicoafectiva, bloqueo emocional y dificultad en el control de los impulsos, ausencia de autocrítica e indicadores de vulnerabilidad. En la actualidad, lo que se evalúa no sólo es el consumo ocasional de sustancias psicoactivas sino también rasgos de personalidad, que son los que en definitiva, determinan esas conductas. Esta Junta de Salud Mental concluye que el Sr. Silva Eduardo No es Apto para cumplir Funciones Policiales por los rasgos de personalidad evaluados, que resultan incompatibles con el perfil policial que se requiere para esa función*”.

A fs. 3 del AEV se informa en fecha 15/10/2015 que el agente revista en Disponibilidad por enfermedad y registra 128 días de licencia por tratamiento de salud.

iv- En función del informe de División Sanidad Policial se dispone previo a la baja, el corte preventivo de haberes por Resolución N° 1168/15 (fs. 6 y vta.) y se cita al agente para ponerlo en conocimiento del contenido de la Resolución, pudiendo ejercer en esa oportunidad el derecho de defensa.

Posteriormente se dicta la Resolución N° 2044-S, que dispone la baja obligatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 inc. 4 de la Ley 6722. Contra dicha Resolución se interpuso recurso de revocatoria el que fue rechazado mediante Resolución N° 3959-S- de fecha

30/12/2016 (v. fs. 18/19); planteado el recurso jerárquico, fue rechazado por Decreto 124 de fecha 02 de febrero de 2018 (v. fs. 18/19 Expediente N° 616-D-2017-20108).

v- Conforme la normativa aplicable al Régimen policial, la baja obligatoria del personal procede en los casos de: ... 4 – Cuando en los exámenes psicofísicos periódicos surgiere una disminución grave a sus aptitudes profesionales y personales que le impidiera el normal ejercicio de la función policial” (art. 58).

De allí que declarada la ineptitud para el normal ejercicio de la función policial por el organismo técnico de la fuerza interdisciplinario, correspondía a la administración aplicar las consecuencias previstas en la norma ante tal supuesto, es decir disponer la baja obligatoria.

En dicha decisión, hay una evaluación hecha por el empleador respecto al estado psiquiátrico y psicológico, no compartido por el actor.

En suma y como ya se adelantó, la baja dispuesta encuentra su sustento en los informes profesionales acompañados resultando ajustado a derecho el acto que así lo estableció.

Explica Gordillo que en el caso de que la conducta a seguir por el administrador esté predeterminada por una norma “... *la ley sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina qué es lo conveniente al interés público, en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de Derecho; no tiene él libertad para elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea una realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho...*”¹.

Marienhoff por su parte explica que “*en ejercicio de la actividad reglada, la administración aparece estrechamente vinculada a*

¹ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, VIII.19, www.gordillo.com.

*la ley, que al respecto contiene reglas que deben ser observadas. Cuando ejerce una actividad discrecional, la administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir*².

Por las consideraciones vertidas, este Ministerio Público entiende que la demanda no puede prosperar, correspondiendo que V.E. la rechace.

Despacho, 9 de noviembre de 2020.-



Dr. HECTOR PRAGASPARE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 3° ed., Bs. As., 1984, T. I, pág. 99.