

Expte. N° 13-05407669-4 “Brescia Gabriel Néstor c/ Obra Social de Empleados Públicos p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- En autos el actor persigue la declaración de nulidad del Decreto N° 975/20 dictado por el Sr. Gobernador de la Provincia así como la Resolución HD-2018-1546-E-GDEMZA-OSEP#MSDSY dictada por el Directorio de OSEP, mediante la cual se aplicó la sanción de cesantía.

Explica que es Arquitecto y trabaja para la Administración Pública (OSEP), desde el año 2009, llegando a desempeñarse el cargo de Jefe de Departamento de Obras- 1° Nivel en la Dirección de Infraestructura de dicho organismo.

Refiere que ante el cambio de gobierno ocurrido en diciembre del año 2015 y para fecha 11 de enero del año 2016 se inicia investigación sumaria en el marco del expediente N° 0730-D-2016, carat. “Dirección de Infraestructura y Mantenimiento- Situación de Revista Ag. Arq. Brescia, Gabriel”, al cual se acumularon los expedientes N° 2529-D-2017, 1344-D-2016, 4793-D-2016, 8898-D-2016 y 2067-D-2016.

Señala que en la Resolución N° 2645 del Directorio de OSEP de fecha 22/12/2016, se realiza la primera de varias violaciones a sus derechos, en especial el derecho de defensa dado que se lo acusa de manera genérica de “violación prima facie a los arts. 13 inc. a), b), d) n) 14 inc. f) y l) del Decreto 560/73, los cuales mencionan los deberes y prohibiciones, y por último se menciona el art. 67, para hacer alusión que las conductas investigadas eran susceptibles de cesantía, que tiene 7 incisos (del a al g) sin determinar en cual se encuadra.

Menciona que recién la Resolución HD-2018-1050-GDEMZA-OSEP#MSDSYD se dispone aplicar la sanción de cesantía de conformidad con lo establecido en el art. 67 inc. c) del Decreto-Ley 560/73, violándose el principio de concurrencia que debe obrar a lo largo de todo el procedimiento administrativo.

Expresa que la causal es por Abandono voluntario y malicioso del servicio, sin causa justificada, la cual no se encuentra regulada de modo expreso en el Decreto- Ley 560/73, por lo que hay que recurrir a otros cuerpos normativos (Ley 25164 que en su art. 32 inc. b) prevé que el abandono de servicio se considerará consumado cuando el agente registrare más de 5 inasistencias continuas sin causa que los justifique y fuera intimado previamente en forma fehaciente a retomar sus tareas).

Consecuente con lo anterior, alega que no fue previamente intimado, por lo que no se ha configurado el abandono de servicio y agrega que además debe tenerse en cuenta lo mencionado por la Ley 9103, modificatoria del Decreto- Ley 560/73 el cual dispone que el abandono de servicio se considerará consumado cuando el agente registrare más de 5 inasistencias continuas sin causa que lo justifique y no retomare sus tareas en el término de dos (2) días computados a partir de la intimación fehaciente a tal efecto.

Indica que la supuesta falta injustificada del 06/02/2016 se trata de un día sábado que no debe trabajar, por lo que no existe ninguna falta; 25/04/2016, 26/04/2016 y 27/04/2016 resulta que su padre sufrió un accidente doméstico, por lo que fue internado el día 24/04/2016 tal como surge del informe del Hospital Italiano agregado al expediente administrativo, prueba que no fue evaluada correctamente, al igual que el Acta de Defunción del 04/05/2016, por lo que conforme surge de la Ley N° 5811 hay faltas justificadas por cuidado de familiar enfermo (art. 50 inc. 7) de hasta 10 días por año calendarios; 01/03/2016 supuesto control de cumplimiento de horario a las 11:33 hs., se informa que solo se encuentra a una persona en el lugar, cuando la Dirección de Infraestructura y Mantenimiento consta de 23 agentes que cumplen funciones en el área y el trato no es el mismo por cuanto el Director solo justifica la ausencia de uno solo de los empleados y no del resto, cuando la tarea de ese sector no es quedarse sentado en una oficina sino la dirección técnica e inspección de obras, gestiones municipales de permisos, etc., por lo que habría una falta menor y debió actuarse con idénticas medidas con el resto, cosa que no ocurrió y por tanto se violentó el principio de igualdad.

Aclara que los días 20/07/2016 y 21/07/2016- Supuesta falta injustificada, corresponde a días de la licencia anual por lo que

hay faltas justificadas por Licencia anual ordinaria, tal como surge del Legajo Personal; 02/02/2017- Supuesto control de cumplimiento horario a las 16.15 hs. se informa que solo se encuentra a 9 personas en el lugar, siendo que el horario de trabajo es desde las 8.00 a las 16.00, pero conforme la flexibilización horaria, lo que se requiere son 8 horas diarias, 40 horas semanales y ese día ingresó a las 8:20 por lo que es probable que estuviese preparando sus cosas para retirarse, siendo una falta menor y tampoco se actuó de igual manera con los 14 agentes que estaban en idéntica situación a la suya.

Conforme lo anterior, denuncia la falta de razonabilidad de la sanción aplicada y que la misma es excesiva.

Sostiene que las declaraciones testimoniales se llevaron a cabo sin el control correspondiente, con afectación al derecho de defensa y al debido proceso adjetivo.

Postula que no ha habido abandono de trabajo sino que es parte de su función salir de su oficina para llevar a cabo su débito laboral, por lo que es lógico que no estuviese en su oficina y tal circunstancia no ha sido considerada en la resolución impugnada, en contra del principio de verdad real.

II- La Obra Social de Empleados Públicos en su responde de fs. 28/42 y vta. solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Detalla las actuaciones de los expedientes administrativos acumulados.

Manifiesta que la imputación resultó probada (informe y planillas), y nunca fue desvirtuada por el actor en ninguna de las instancias recursivas, acreditándose inequívocamente las ausencias de su lugar de trabajo sin casusa justificada, lo que constituye abandono de servicio e imposibilita la asignación de tareas.

Aduce que no hay violación al derecho de defensa ni ausencia de tipicidad y legalidad; la plataforma fáctica fue fijada en la imputación y luego se le aplicó la sanción en función a los hechos endilgados.

Aclara que la normativa nacional citada para configurar el abandono de trabajo no resulta aplicable al caso en razón de que

el agente está vinculado a OSEP a través de una relación de empleo provincial regida por el Decreto-Ley N° 560/76 sin la modificación de la Ley 9103.

Alega que el día 06/02/2016 que la actora dice que fue feriado, al contestar el recurso de revocatoria se consigna que se trató de un error involuntario que fue subsanado y que corresponde al 05 de febrero y de la planilla del marcado del agente surge que los días 04 y 05 de febrero de 2016 el actor registra el ingreso a la repartición pero no su egreso y nunca explica porque no marcó su egreso esos días.

Asimismo, respecto a los días 25/04/2016, 26/04/2016 y 27/04/2016 menciona que conforme lo informado por la Subdirección de Gestión del Recurso Humano se desprende que esos días no presentó certificado o formulario de licencia por cuidado de familiar enfermo, ya que registró marcación horaria en reloj digital; en relación a los días 20/07/2016 y 21/07/2016 no se encontraba de licencia anual reglamentaria dado que la misma fue autorizada desde el 11/07/2016 hasta el 19/07/2016 inclusive es decir que debía reintegrarse a su lugar de trabajo el día 20 de julio de 2016.

Menciona con relación a las testimoniales efectuadas sin control según la actora, que dicha prueba fue producida en el período previsto por la normativa para acumular la prueba de cargo, durante el cual el sumario es secreto (art. 74 Decreto-Ley 560/73), no obstante ello se trata de una prueba esencialmente reproducible que podría haberse ampliado en la etapa defensiva con su control o aun rebatirse con contraprueba, cosa que no ocurrió.

En cuanto a la razonabilidad de la sanción sostiene que el monto de la sanción respondió al marco normativo aplicable en dicho momento, la cual no resulta injusta porque guarda razonable proporcionalidad con la conducta desplegada, siendo la misma reiterada y de larga data, ya que en abril de 2014 se informaba que el agente no cumplía con los objetivos encomendados por la Gerencia de Infraestructura, sumado a las constantes inasistencias a su lugar de trabajo.

En conclusión, entiende que el acto impugnado no adolece de vicio alguno siendo válido y legítimo.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 58/59 y

vta. de autos y manifiesta que limitará su accionar al control de legalidad que por ley le corresponde conforme a lo previsto en el art. 177 de la C.P. y Ley 728 y estará a lo que V.E. resuelva.

IV- Atendiendo a la compulsión de estos actuados y de las actuaciones administrativas venidas *ad effectum videndi et probandi*, esta Procuración General considera que en el trámite del sumario administrativo seguido al Arq. Brescia, a fin de comprobar las infracciones atribuidas, se han respetado los derechos de defensa en juicio y debido proceso, aplicándose correctamente el marco normativo vigente (arts. 71 a 87 del Estatuto del Empleado Público Decreto Ley 560/73).

En el transcurso del mismo han resultado debidamente acreditadas con la prueba testimonial e informativa las faltas endilgadas merecedoras de reproche administrativo y generadoras de responsabilidad, siendo correctamente encuadradas en los arts. 13 inc. a), b), n) y 14 inc. f) en concordancia con el 67 inc. b) del Decreto-Ley 560/73.

Respecto a la graduación de la sanción aplicada, se impone memorar que: 1) Se admite dicho control de proporcionalidad de las sanciones disciplinarias aplicadas a los agentes públicos, a fin de determinar si la actividad administrativa adolece del vicio de arbitrariedad manifiesta que permita la revocación de las sanciones cuestionadas por exceso de punición (Cfr. S.C., L.S. 411-044); y 2) la graduación de las sanciones está, en principio, reservada al razonable criterio de la autoridad administrativa, salvo ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta, y la intervención jurisdiccional está plenamente justificada cuando se investiga si en la imposición de medidas de gravedad se ha hecho uso ilegítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las atribuciones otorgadas (cfr. Trib. cit., L.S. 347-178 y 435-070); 3) la graduación debe realizarse mediante la aplicación de criterios de proporcionalidad valorados en relación con el caso concreto, resultando razonable que se gradúe, entre otras pautas en función de la perturbación del servicio, la reiteración de los hechos, la jerarquía alcanzada y el posible abuso de autoridad en el ejercicio del cargo (cfr. Trib. cit. L.S. 403-065).

En tal sentido, en cuanto a la proporcionalidad, las faltas mencionadas acreditadas por su gravedad son suficientes para dar sustento a la sanción impuesta, la que se ajusta a la normativa aplicada.

A mérito de lo expuesto, esta Procuración General considera que los agravios del sumariado no logran desvirtuar, en concreto los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados por la autoridad administrativa al emitir la resolución impugnada, ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución sancionatoria dictada.

Por ello, entiende este Ministerio Público Fiscal que procede que V.E. desestime la demanda incoada.

Despacho, 27 de diciembre de 2022.